

Universidade de Lisboa  
Faculdade de Direito



**A Distorção da Concorrência nos Auxílios de Estado**

**Carla Sofia Geiroto Marcelino**

Dissertação de Mestrado Científico  
Direito da Concorrência e Regulação Económica

2018

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**A Distorção da Concorrência nos Auxílios de Estado**

**Carla Sofia Geiroto Marcelino**

Dissertação de Mestrado Científico

Direito da Concorrência e Regulação Económica

Orientação: Professor Doutor Miguel Moura e Silva

2018

## Índice

|   |    |
|---|----|
| Resumo / <i>Resume</i>  | 6  |
| Palavras-chave / <i>Keywords</i>  | 10 |
| I Introdução  | 11 |
| II O conceito de auxílio de Estado à luz da legislação da União Europeia        |    |
| 1. Noções gerais  |    |
| 1.1. Breve enquadramento histórico  | 16 |
| 1.2. O artigo 107.º, n.º 1 do TFUE  | 18 |
| 2. A noção de auxílio concedido pelo Estado ou proveniente de recursos estatais |    |
| 2.1. Auxílio concedido pelo Estado  | 22 |
| 2.2. Auxílio proveniente de recursos estatais                                   | 24 |
| 3. Formas ou tipos de medidas   |    |
| 3.1. Noções gerais  | 31 |
| 3.2. O critério da não equiparação a financiamento privado                      | 34 |
| 4. Os beneficiários   |    |
| 4.1. Noções gerais  | 35 |
| 4.2. O critério do operador numa economia de mercado                            | 37 |
| 4.3. O critério da seletividade   | 38 |
| III A noção de vantagem   |    |
| 1. Derrogações ao princípio da incompatibilidade com o TFUE                     | 42 |
| 2. O caso <i>Altmark</i> (C-280/00)   | 47 |
| 3. Fins de interesse público  | 52 |
| 4. A regra de <i>minimis</i>  | 53 |
| IV A distorção da concorrência como efeito dos auxílios de Estado               |    |
| 1. Noções gerais  | 57 |
| 2. A relação entre o efeito de distorção da concorrência e a afetação           |    |

|   |     |
|---|-----|
| do comércio entre os Estados-Membros  | 61  |
| 3. A evolução da noção de distorção da concorrência pela jurisprudência da União Europeia   | 63  |
| 3.1. O caso <i>França vs Comissão</i> (C-47/69)   | 63  |
| 3.2. O caso <i>Philip Morris</i> (C-730-79)   | 67  |
| 3.3. O caso <i>Leeuwarder</i> (C-296 e 318/82)  | 71  |
| 3.4. O caso <i>Boussac</i> (C-301/87)   | 74  |
| 3.5. O caso <i>Tubemeuse</i> (C-142/87)   | 76  |
| 3.6. O caso <i>Plan Renove Industrial</i> (C-351/98)  | 80  |
| 3.7. O caso <i>WAM</i> (C-494/06)   | 82  |
| V Uma visão económica dos auxílios de Estado  |     |
| 1. Noções gerais  | 84  |
| 2. Os auxílios de Estado durante a crise financeira: um caso de estudo  |     |
| 2.1 O contexto político e económico   | 88  |
| 2.2 A política de auxílios de Estado durante a crise  | 89  |
| 2.3 O caso do setor bancário  |     |
| 2.3.1 As medidas aplicadas pelos Estados-Membros para fazerem face à crise do setor bancário  | 96  |
| 2.3.2 A resposta da Comissão Europeia às medidas de auxílio no setor bancário   | 100 |
| 2.3.3 A (eventual) distorção da concorrência decorrente da concessão de auxílios de Estado ao setor bancário durante a crise financeira | 102 |
| 2.3.4 O caso paradigmático <i>Anglo Irish Bank</i>  | 103 |
| VI O sistema de controlo europeu dos auxílios de Estado   |     |
| 1. Noções gerais  | 107 |
| 2. Controlo supranacional pela União Europeia   | 108 |
| 3. Aspectos procedimentais do controlo de auxílios  | 111 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 4.   | A evolução recente da política de auxílios da União Europeia   | 114 |
| VII  | O atual enquadramento europeu em matéria de auxílios de Estado |     |
| 1.   | A abordagem da Comissão Europeia                               | 122 |
| 2.   | Desafios para Portugal   | 128 |
| VIII | Conclusões   | 133 |
|      | Bibliografia   | 139 |
|      | Comunicações da Comissão Europeia e outra documentação         | 144 |

## Resumo

O presente trabalho visa abordar de forma particular um dos elementos essenciais para a verificação da existência de um auxílio de Estado à luz do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): os efeitos que os auxílios de Estado provocam na concorrência e a forma como afetam o comércio entre os Estados-Membros. Pretende, ainda, de forma necessariamente não exaustiva e de modo a contextualizar o tema, fornecer algumas pistas acerca dos vários elementos que compõem o conceito de auxílio de Estado, bem como, aprofundar, na perspectiva de caso de estudo, as medidas aprovadas pelos Estados-Membros durante a recente crise financeira e a respetiva orientação da Comissão Europeia particularmente nesse período.

Assim, seguidamente à introdução no primeiro capítulo deste trabalho, no segundo capítulo são identificados os principais elementos que compõem o conceito legal de auxílio de Estado, pela decomposição dos pressupostos previstos no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE. A caracterização desses vários elementos, densificada e clarificada pela jurisprudência europeia na aplicação da norma ao caso concreto, permite compreender a amplitude do conceito de auxílio, à luz e para os efeitos de aplicação da legislação europeia. Conforme se verá, as medidas de auxílios estatais correspondem à atribuição de vantagens suportadas pelo Estado ou por recursos estatais, beneficiando determinado destinatário de modo seletivo, e produzirá um efeito de distorção da concorrência, afetando o comércio entre os Estados-Membros.

No terceiro capítulo, autonomizou-se a questão da concessão de uma vantagem por parte dos Estados e a problemática procedimental da atribuição de ajudas estatais ao abrigo dos números 2 e 3 do artigo 107.º do Tratado, que constituem *lato sensu* derrogações ao princípio da incompatibilidade previsto no número 1 do mesmo artigo. Designadamente, abordada a regra de *minimis* e as razões da necessidade de definir limites mínimos de compatibilidade com o Tratado por parte da Comissão Europeia, bem como, as razões de interesse público que podem justificadamente ser invocadas para a

sistematização de auxílios compatíveis com o Tratado, como a proteção ambiental, fomento ao emprego, ou o desenvolvimento regional.

O quarto capítulo trata do tema central do presente trabalho, a distorção da concorrência como efeito provocado no mercado pela concessão de auxílios de Estado. Neste capítulo são abordadas as várias dimensões da noção de distorção da concorrência e a evolução da sua materialização, percorrendo algumas decisões da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao longo das últimas décadas. Alguns casos tornaram-se paradigmáticos das várias correntes de política da concorrência sobre os auxílios de Estado desenvolvidas pela Comissão, bem como, o aprimorar do significado das suas consequências sobre o mercado comum e da interligação dos vários elementos que correspondem à noção de distorção da concorrência para efeitos de aplicação do Tratado.

No quinto capítulo é feita referência à abordagem económica desta matéria e é destacado o período de crise financeira que atingiu especialmente a economia europeia na última década, no âmbito da qual se observou uma abordagem particular da Comissão quanto à concessão de auxílios estatais destinados a salvaguardar o sistema financeiro, sobretudo quando aplicados ao resgate e financiamento de instituições bancárias. Como exemplo paradigmático da abordagem das instituições europeias face aos auxílios concedidos pelos Estados Membros neste período, sublinha-se o caso *Anglo Irish Bank*, representativo da constante necessidade de adaptação de instrumentos públicos, como os auxílios de Estado, às circunstâncias económicas, políticas e atuais.

Finalmente, antes de formuladas as conclusões, nos capítulos sexto e sétimo é feita uma análise sobre a abordagem e os procedimentos da Comissão Europeia quanto à atuação dos Estados-Membros na concessão de auxílios. Atenta a evolução histórica deste regime e da sua instrumentalização para estimular a economia ou mitigar riscos, torna-se relevante compreender qual é a visão atual da Comissão Europeia nos pós-crise e quais os desafios que em particular se apresentam a Portugal nesta matéria.

## Resume

This paper aims to address one of the essential elements for verifying the existence of State aid in the sense of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): the effects that State aid has on competition and the way it affects trade between Member States. It also intends, in a necessarily non-exhaustive way and to contextualize the subject, to provide some evidences about the various elements that make the concept of State aid, as well as to deepen, in a case-study perspective, the measures approved by the Member States during the recent financial crisis and the orientation by the European Commission during that period.

Thus, after the introduction, in the first chapter of this paper, in the second chapter, the legal definition of State aid is addressed by the decomposition of the main elements provided for in Article 107 (1) of TFEU. The characterisation of these various elements, densified and clarified by European case-law in the application of the rule to the case, allows us to understand the extent of the concept. As further mentioned, the State aid measures must correspond to the attribution of advantages borne by the State or State resources, helping a recipient in a selective way, and will produce an effect of distortion on competition, affecting the trade between Member States.

In the third chapter, it is highlighted the question of the granting of an advantage by the Member States and the procedural problem of the allocation of State aid under Articles 107 (2) and (3) of the Treaty, which constitute broadly derogations from the principle of incompatibility defined in paragraph 1 of the same article. It is described the *minimis* rule and the reasons for the need to define minimum limits of compatibility with the Treaty by the European Commission, as well as the reasons of public interest that can justify the systematisation of aid compatible with the Treaty, such as environmental protection, employment promotion or regional development.

The fourth chapter deals with the central theme of this work, which is the distortion of competition as a market effect of granting State aid. In this chapter, the various dimensions of the notion of distortion of competition and the way in which they are



materialised are discussed, following some decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) over the last decades. Some cases have become paradigmatic of the various competition political trends on State aid developed by the Commission, as well as the improvement of the significance of its consequences on the common market and the interconnection of the various elements corresponding to the notion of distortion of competition for the purposes of the application of the Treaty.

The fifth chapter highlights the period of financial crisis, which particularly affected the European economy in the last decade, where an approach was taken by the Commission on the granting of State aid to safeguard the financial system, especially when applied to the rescue and financing of banking institutions. As a paradigmatic example of the approach taken by the European institutions vis-à-vis aid granted by Member States in this period, it is denoted the *Anglo-Irish Bank* case, which is representative of the constant need to adapt public instruments such as State aid, economic, political and current circumstances.

Finally, before the conclusions, in chapters six and seven there is an analysis on the approach and procedures of the European Commission on regard with the action of the Member States when it comes to the State aid measures. Considering the historical evolution of this regime and its use to stimulate the economy or to minimize risks, it is relevant to assess the European Commission's vision in the post-crisis period and to understand the challenges presented to Portugal on this matter.

**Palavras-chave**

Auxílio de Estado, comércio entre os Estados-Membros, crise financeira, distorção da concorrência, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

**Keywords**

State aid, trade between Member States, financial crises, distortion of competition, Treaty on the Functioning of the European Union.

## I. Introdução

Reconhecendo que a concorrência promove a eficiência no uso de recursos produtivos e gera inúmeros benefícios no espectro das atividades de uma economia de mercado, como a diminuição dos preços, uma melhoria na qualidade dos produtos e serviços prestados, mais inovação e empreendedorismo e maior produtividade<sup>1</sup>, não deixa de ser relevante que, com frequência, a introdução de distorções ao mecanismo natural da concorrência não advém do comportamento ilícito dos próprios concorrentes, mas da adoção de políticas públicas com níveis deficientes de proteção das regras de concorrência.

Quando foi criada a Comunidade Europeia em 1958, as economias da maioria dos Estados-Membros encontravam-se sob forte influência dos poderes governativos centrais, regionais e locais, exercidos predominantemente em vários setores da economia e comércio interno. O estabelecimento no Tratado de Roma de um sistema de salvaguarda da concorrência no comércio entre os Estados-Membros identificou, desde logo, como um dos pilares fundamentais na política económica da Comunidade, *o princípio de não distorção da concorrência*, o que provocou uma assinalável tensão com o papel estatal na vida económica dos Estados-Membros e a sua autonomia em definir esse papel. Mais tarde, com o estabelecimento do Mercado Único e a adoção da moeda única, reforçou-se de forma extraordinária o princípio de equiparação dos agentes no mercado comum e a não discriminação em razão da nacionalidade, de forma a que um Estado-Membro se encontra impedido de prestar um auxílio no interior da sua economia doméstica, se o mesmo distorcer a concorrência no comércio perante os outros Estados-Membros.

Não deixa de ser assinalável verificar que as regras comunitárias sobre auxílios de Estado não sofreram alterações significativas nos últimos 50 anos. Tal estabilidade tem sido recorrentemente atribuída à sua flexibilidade, uma vez que, se por um lado o número 1 do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) declara

---

<sup>1</sup> Recomendação da OCDE (2014) “*Experiences with Competition Assessment, Competition Committee*”, em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Comp-Assessment-ImplementationReport2014.pdf>.

que os auxílios estatais são incompatíveis com o Tratado, por outro lado, a previsão dos números 2 e 3 do mesmo artigo admite à Comissão Europeia a aprovação de certos tipos de auxílio, com determinadas características, permitindo que leve em linha de conta as exigências constantes da situação económica à data da intervenção estatal, bem como, a necessidade de cumprir equilibradamente outros princípios estruturais do enquadramento legal da União, desde logo, a determinação de um Mercado Único mais competitivo no ambiente da economia global, a criação de mais emprego e a diminuição das disparidades no desenvolvimento regional dos Estados-Membros. A matéria de auxílios de Estado é, por isso, uma área do Direito da Concorrência profundamente sensível à mudança do clima político, económico e social, sobretudo por refletir permanentemente o impacto da capacidade orçamental, a estratégia económica e a orientação política dos Estados.

Os mecanismos de ajuda pública a entidades privadas mantêm-se como soluções recorrentes na política económica dos Estados-Membros, mesmo os que se encontram fortemente alicerçados num sistema de economia de mercado. Desde logo, porque cumprem com um conjunto alargado de finalidades de carácter preventivo, como um remédio para indústrias em dificuldades ou, inclusive, como incentivo à inovação tecnológica<sup>2</sup>. A alteração do paradigma de protecionismo para benefício de produtores nacionais, que lhes conferia certas vantagens competitivas face a produtores de outros Estados-Membros, para uma visão comunitária do mercado, criou necessariamente um reforço da pressão das condições globais da economia e da necessidade dos produtores e do poder político se adaptarem à nova realidade.

Conceptualmente, é ainda significativa a discussão em torno da definição do conceito de auxílios de Estado à luz do TFUE e em consonância com a interpretação que quer a Comissão Europeia, quer o poder jurisdicional comunitário, vêm desenvolvendo nas suas decisões. A noção de auxílios de Estado prevista no artigo 107.º n.º 1 do Tratado<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ver neste sentido, BIONDI, A., EECKHOUT, P. e FLYNN, J. (2004), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press. New York.

<sup>3</sup> Para efeitos de aplicação das regras de auxílios de Estado aos Estados-Membros da União Europeia no âmbito do comércio comunitário. A Organização Mundial do Comércio adota um diferente sentido para a noção de subsídio, o que explica a diferença de abordagem quanto às regras de auxílios. Neste sentido, ver

contém um conjunto de elementos definidores complexos, os quais decorrem do princípio sistemático base da não admissão da concessão de auxílios que distorçam a concorrência, à luz do TFUE. Por uma via, destaca-se o facto de não existir uma forma específica de medida pública que configure um auxílio incompatível com o Tratado, o que potencia a dificuldade de prevenção e controlo da aplicação de uma medida inadmissível. Por outro lado, outras dificuldades crescentes na configuração de uma ação que recaia no conceito normativo prendem-se com a mecânica instável da economia europeia e a necessária evolução do próprio conceito (ou da aplicação rigorosa da sua definição) em momentos de crise financeira, cujo contexto não é facilmente configurável como uma exceção legal à proibição, também prevista no Tratado.

Os desafios que os Estados enfrentam no atual contexto da economia europeia e mundial potenciam conflitos paradigmáticos na aplicação do dinheiro público e na melhor escolha para criar crescimento económico. Ajudar uma empresa em dificuldades pode melhorar significativamente *aquela* empresa, os *seus* trabalhadores e, até, os *seus* consumidores, mas a perspetiva necessariamente macro das razões da não admissibilidade da concessão de auxílios incompatíveis com o comércio entre os Estados-Membros compulsa os agentes políticos a compreender o impacto sistémico de cada decisão de auxílio e a ponderar os efeitos que aquela medida terá, designadamente, na economia europeia.

Com efeito, o elemento absolutamente determinante no mecanismo de ponderação da aplicação de uma medida pública que beneficie um agente económico em detrimento dos restantes será, efetivamente, o efeito que tal medida provoca na concorrência entre os Estados. Será, pois, o efeito distorcivo na concorrência o elemento decisivo na consideração da medida como incompatível com o Tratado e, como tal, suscetível da sua desaplicação.

Acresce que, a evolução da política de auxílios de Estado pela Comissão Europeia tem sofrido uma evolução nas últimas décadas, guiada pelas decisões do Tribunal de

---

o estudo comparativo de RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid, WTO and EC Law in Comparative Perspective* (2009), International Economic Law, Oxford University Press.

Justiça da União Europeia (TJUE), que tem convertido algumas das preocupações da Comissão em casos de estudo, por um lado, e ajudado a interpretar os vários conceitos gerais que preenchem a noção de auxílios incompatíveis com o Tratado, por outro lado.

Tal abordagem foi significativamente colocada à prova na última década, porquanto a crise económica e financeira despoletada no ano 2008 exigiu uma reinterpretação dos princípios em jogo no mercado europeu e uma realocação da relatividade da distorção da concorrência como um pilar essencial para impedir políticas públicas intervencionistas. Com efeito, as soluções encontradas para salvaguardar a estabilidade do sistema económico dos Estados-Membros e sobretudo dos Estados da Zona Euro, manifestaram-se como um exigente desafio na abordagem da política de concorrência quer da Comissão Europeia, quer dos restantes intervenientes em jogo.

O princípio de que um auxílio de Estado distorce a concorrência é tanto mais real quanto a forma que assume, as circunstâncias (sociais, políticas, económicas, comerciais), o destinatário de que do mesmo beneficia e o efeito que provoca no xadrez do comércio europeu – apesar de, ironicamente, nenhum destes fatores poder ser invocado como absolutamente relevante, ou isoladamente relevante.

Debruçando-se acerca deste aspeto particular da matéria dos auxílios de Estado, o efeito que provoca na concorrência, o presente trabalho visa sobretudo evidenciar os paradigmas construídos pelas instituições promotoras de políticas públicas e os meios de defesa utilizados pelas instituições europeias no controlo de medidas que, por distorcerem a concorrência e afetarem o comércio entre os Estados-Membros, estão impedidas de serem executadas. Será, numa perspetiva futura, o que se pretende da economia europeia: a consolidação do comércio interno e a fortificação da competitividade externa.

Com efeito, este trabalho pretende de forma não exaustiva introduzir os elementos mais importantes do conceito de auxílio de Estado para efeitos de aplicação do TFUE e, em especial, definir, atenta a evolução do entendimento conceptual e casuístico das instituições europeias, o significado de distorção da concorrência como fator determinante para a rejeição de ações de política orçamental interna que conflituem com os princípios económicos basilares do comércio na União Europeia. Por fim, pretende-se,

através de uma reflexão sobre a Europa em crise e no pós-crise, lançar algumas pistas sobre o caminho que Portugal tem prosseguido e os setores económicos onde se verifica recentemente maior investimento em medidas de auxílio, cuja aposta estrutural se determinará como um constante desafio ao equilíbrio entre o crescimento das empresas e da economia, e a proteção da concorrência.

## **II. O conceito de auxílio de Estado à luz da legislação da União Europeia**

### **1 Noções gerais**

#### *1.1 Breve enquadramento histórico*

A génese do princípio da incompatibilidade das medidas de auxílio com o TFUE encontra fundamento nos princípios de eficiência económica e de iniciativa privada, que estão historicamente na base dos objetivos de integração comunitária e do regime legal da União. São as regras de mercado subjacentes à livre concorrência que estabelecem as relações entre as empresas e os cidadãos da União Europeia.

O princípio da proibição ou da não compatibilidade com o Tratado da concessão de auxílios estatais é corolário deste paradigma e transpõe o ideário de não intervenção do Estado na concorrência entre as empresas, pela presunção de que tal intervenção afeta de forma negativa o normal funcionamento do mercado.

Todavia, relevantes necessidades de interesse público e de equidade poderão excepcionalmente justificar a intervenção do Estado, permitindo realizar objetivos de política pública como a distribuição de riqueza, a criação de emprego, o crescimento económico e a diminuição de assimetrias regionais ou sociais. A intervenção do Estado poderá também justificar-se como forma de repor a eficiência económica, através da correção de falhas de mercado, como são disso exemplo as externalidades ou a assimetria de informação, para cuja solução não se mostram aptos os operadores privados<sup>4</sup>.

O apoio do Estado materializado na concessão de vantagens económicas particulares existe desde tempos imemoriais, prevendo diversos objetivos.

Nos anos 1600, foram desenvolvidas teorias económicas assentes em ideais mercantilistas, que defendiam o princípio de promoção do crescimento económico da

---

<sup>4</sup> CROCIONI, Pietro (2006), *Can State Aid Policy Become more Economic Friendly?*.



indústria e do comércio nacionais, à custa do prejuízo dos outros países<sup>5</sup>. Esses ideários protecionistas desenvolvidos em vários países europeus até meados do século XVIII foram dando progressivamente lugar a novas perspectivas sobre os benefícios da economia de mercado, pese embora, em fases posteriores, devido às consequências das duas Guerras Mundiais sobre a economia europeia e a várias crises económicas e financeiras nos séculos XX e XXI, alguns períodos de maior intervenção pública foram sendo registados.

Em 1951, quando foi estabelecida a CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), o Tratado que aprovou a sua constituição definiu, pela primeira vez na história da integração europeia, a proibição da atribuição de subsídios pelos Estados<sup>6</sup>, conduzindo a comunidade europeia, desde o início, para uma orientação de economia integrada e de liberdade de comércio, embora à data se referisse somente às indústrias de carvão e do aço.

Apesar de no Tratado de instituição da CECA a proibição da concessão de um subsídio fosse bastante menos flexível do que a redação dada hoje pelo TFUE (a proibição era *tout court* e não existia sequer a necessidade de correspondência com o requisito de distorção da concorrência no mercado, uma vez que tal efeito era absolutamente presumido), a verdade é que lançou as diretrizes atuais da abordagem da União sobre as regras de concorrência no mercado comum.

Neste contexto, desde o princípio da definição das regras que estipulam as relações económicas entre os Estados-Membros que o condicionamento da livre concorrência no mercado entre os operadores se assumiu como um princípio fundamental. Pelo que, encontrando-se sujeitos à flutuação natural da oferta e da procura no mercado, caso os Estados possibilitem que passem a dispor de um incremento artificial na sua capacidade de concorrer, estarão a violar as regras basilares dos Tratados.

---

<sup>5</sup> Teoria mercantilista desenvolvida especialmente em França, nos anos 1600. “*Sistema mercantilista*” foi assim designado por Adam Smith acerca das medidas adotadas para fortalecer o poder do Estado à conta de forte intervenção pública na economia.

<sup>6</sup> Artigo 4.º alínea c) do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), de 18 de abril de 1951.

De forma a evitar a intervenção do Estado na atividade económica, por presunção de que a mesma afetará negativamente a concorrência e o comércio entre os Estados-Membros, tais medidas particulares deverão ser implementadas de forma tão residual quanto possível, ou seja, como último recurso quer de correção de falhas de mercado, quer de execução de políticas sociais. Os instrumentos prioritários deverão continuar a ser as políticas públicas e os instrumentos legais gerais e abstratos, evitando a criação de privilégios injustificados ou de situações de discriminação dentro do espaço de comércio da União.

No caso de serem aplicadas medidas concretas que possam prever a discriminação positiva de determinados operadores no mercado, ao abrigo das situações excecionais previstas nos números 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE, as mesmas deverão ser proporcionais aos objetivos pretendidos, nunca excedendo os meios que de forma mais eficaz e menos distorciva da concorrência os possam atingir. Tal exercício ou juízo de proporcionalidade deverá ser efetuado em dois passos distintos: em primeiro lugar, dever-se-á verificar o preenchimento do conceito de auxílio de Estado e, em segundo lugar, se esse auxílio é compatível com o tratado<sup>7</sup>.

A atual redação do TFUE apresenta uma definição objetiva do conceito de auxílio de Estado, por subsunção aos vários elementos determinantes no efeito de distorção da concorrência no mercado.

### 1.2 O artigo 107.º, n.º 1 do TFUE

O conceito de auxílio de Estado vem definido pela legislação da União Europeia no artigo 107.º, n.º 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>8</sup>, que dispõe:

---

<sup>7</sup> Neste sentido, BELLAMY & CHILD (2001), *European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell, p. 777.

<sup>8</sup> Na redação dada pelo Tratado de Lisboa.

*“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”<sup>9</sup>.*

À luz do direito da União, um auxílio de Estado representa, genericamente, a atribuição de uma vantagem, conferida numa base seletiva a uma entidade privada por uma entidade pública, provocando um efeito distorcivo na concorrência e afetando o comércio entre os Estados-Membros.

O conceito desconstrói-se nos seguintes elementos cumulativos: (i) são medidas que afetam as trocas comerciais entre os Estados-Membros; (ii) concedidas pelos Estados ou provenientes de recursos estatais; (iii) independentemente da forma que assumam; (iv) falseiam ou ameaçam falsear a concorrência; (v) favorecem certas empresas ou certas produções.

Para que possamos estar perante um auxílio estatal incompatível com o mercado interno e, em consequência, proibido pelo direito comunitário, será necessária a verificação cumulativa de todos estes elementos. Assim, a definição legal prevista no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE não fornece uma definição em si de auxílio estatal, descrevendo, ao invés, o conceito de auxílio por referência às suas características.

A densificação da aplicação deste conceito, suficientemente vago e flexível, exige uma construção de fronteiras pela jurisprudência e juízos de equidade. Como se verá, ao longo das décadas de integração europeia, a jurisprudência dos Tribunais da União foram casuisticamente dando resposta às várias dúvidas interpretativas do conceito, ajudando a

---

<sup>9</sup> Apesar de ser indiscutível a intervenção da Comissão Europeia na avaliação da atribuição de auxílios de Estado, esta definição resulta, genericamente, de uma conceção da evolução da integração europeia centrada na autonomia de decisão dos Estados-Membros e, consequentemente, na transferência para as instituições europeias apenas dos poderes mínimos necessários ao objetivo de união económica e política. Daí que esta definição seja caracterizada pela sua amplitude e flexibilidade. Neste sentido, ver: LÓPEZ, Juan Jorge Piernas, *“The Concept of State Aid under EU Law, from internal market to competition and beyond”* (2015), Oxford University Press, p. 238.

construir uma determinação mais precisa das situações tipo que se enquadram na referida norma.

Para além disso, também a Comissão Europeia contribuiu decisivamente para que o conceito de auxílio de Estado pudesse compreender-se à luz das políticas implementadas em matéria de concorrência, tendo sido recorrentemente utilizado como um mecanismo de resposta a determinadas preocupações estruturais ou circunstanciais no espaço do Mercado Único. Ao longo das várias fases por que passou o instrumento de auxílio enquanto promotor de correções estruturais, regionais ou sociais, a Comissão foi adaptando a sua aplicabilidade ao crescimento das transações comerciais no espaço europeu e à consequente necessidade de criar formas de agilizar o procedimento de autorização. Por outro lado, as suas decisões e várias comunicações quanto à aplicabilidade e definição de auxílio de Estado contribuíram para que os decisores políticos nacionais melhor compreendam o enquadramento legal deste instrumento<sup>10</sup>.

Historicamente, a definição de auxílio de Estado não é claramente determinada pelas ciências económicas, pese embora, do ponto de vista da teoria económica, uma intervenção pública no mercado, ainda que provocando um efeito na livre concorrência, seja geralmente interpretada como uma correção de falhas de mercado, como são as externalidades, a assimetria de informação ou a proteção de bens públicos. Para as ciências económicas, mais do que a relevância de procurar delimitar o conceito de auxílio de Estado, o aspeto fundamental será, enquadrando-o no contexto económico geral, entender se o mesmo é ou não legítimo.

Um auxílio estatal será *ilegítimo* se: (i) consistir na aplicação de uma regra geral e, por isso, não conferir uma vantagem particular a uma entidade; (ii) apesar de consistir numa medida diferenciadora, não confere na verdade uma vantagem ao seu destinatário, porque apenas vem compensar uma desvantagem já existente, criando um equilíbrio no jogo concorrencial; ou, finalmente, (iii) apesar de efetivamente conferir uma vantagem a

---

<sup>10</sup> Refira-se, desde logo, a recente Comunicação da Comissão sobre a definição de auxílio de Estado à luz do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE (2016/C 262/01) em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).

um determinado destinatário, tal medida é justa, por servir um objetivo atendível, enquadrado, eventualmente, num determinado sistema regulatório<sup>11</sup>.

Do ponto de vista de análise económica, os critérios relevantes para aferir se estamos ou não perante um auxílio *ilegítimo* têm natureza quantitativa: (i) qual a extensão da vantagem económica? (ii) quais as características da seletividade, ou o grau do poder discricionário? (iii) qual o verdadeiro impacto da medida?

Não é irrelevante a consideração de tais elementos numa perspetiva de análise custo/benefício<sup>12</sup>. A verdade é que os auxílios estatais representam custos que, ao invés de canalizados para um outro domínio, foram aplicados numa medida individual<sup>13</sup>. É, portanto, indiscutível que a definição de auxílio de Estado se encontre intrinsecamente relacionada com outros conceitos económicos. Porém, a análise das regras de auxílios estatais não é, nem pode ser, puramente económica<sup>14</sup>.

Com efeito, o controlo dos auxílios de Estado envolve mecanismos de eficiência económica, assim como envolve também outros princípios fundamentais da União, como a equidade, a justiça ou o progresso. Todos esses elementos são atendíveis na análise quer da Comissão, quer dos Tribunais, quanto à aplicação das regras de auxílios pelos Estados-Membros e são, eles próprios, linhas condutoras da natureza construída, ao longo das últimas décadas, do conceito de auxílio de Estado.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, OCDE, “*Competition Policy in Subsidies and State Aid*”, Competition Policy Roundtable, DAFNE / CLP (2001) 24, OCDE, Paris, 179. A densificação do conceito no caso atenderá a um juízo de proporcionalidade entre o valor da concorrência no mercado e outros valores também prosseguidos pelas instituições europeias: a estabilidade da economia, a justiça social, ou a equidade.

<sup>12</sup> As medidas de auxílios de Estado adotadas pelos Estados podem justificar-se por objetivos de política pública, ou bem-estar social. De acordo com as teorias económicas que sustentam a intervenção do Estado como meio de atingir o bem-estar social (ver, por exemplo, a teoria de eficiência de Pareto), tal intervenção pode fundamentar-se no aumento da eficiência da economia, na redistribuição dos recursos disponíveis para maximizar as preferências da sociedade pela equidade e redistribuição. Por outro lado, segundo o critério de Pareto, qualquer economia competitiva resulta numa alocação eficiente de bens e serviços e, por outro lado, a eficiência (de Pareto) será obtida através da transferência de recursos.

<sup>13</sup> FRIEDERISZICH, Hans W. e outros (2006), “*European State Aid Control: an economic framework*”.

<sup>14</sup> Os Tribunais da Comunidade desconsideraram, em certos casos, a necessidade de fundamentação das decisões da Comissão com um estudo de avaliação do impacto económico das medidas. Neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 2000, no caso T-55-99. Em sentido contrário, ou seja, pela exigência de avaliação económica do efeito da medida, acórdão do Tribunal de Primeira Instância, caso T-34/02 de 2006, pese embora neste caso, não tenha o Tribunal esclarecido qual o nível de análise económica exigido (para. 104, 123 e 124), o que permite ainda entender a pouca relevância deste elemento.

Importa determinar o alcance jurídico do conceito de auxílio, com vista a se compreender a relevância do efeito sobre a concorrência, como elemento fundamental da sua incompatibilidade com os princípios fundamentais dos Tratados europeus.

No presente capítulo, serão abordados os pressupostos da definição de auxílio de Estado prevista no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, à exceção do pressuposto da distorção da concorrência provocada pelos auxílios de Estado e a produção de efeitos no comércio entre os Estados-Membros, que será objeto de maior detalhe no capítulo IV.

## **2 A noção de auxílio concedido pelo Estado ou proveniente de recursos estatais**

### *2.1 Auxílio concedido pelo Estado*

Um dos elementos objetivos da definição legal de auxílio de Estado, prevista no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, é a qualificação da autoria da medida ou da sua origem: “*auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais*”.

O legislador incluiu na definição de auxílio quer as vantagens concedidas *pelos Estados*, quer as que têm *proveniência em recursos estatais*, adotando, para além do critério orgânico e institucional (presente na primeira parte) mas ainda e, preferencialmente, um critério de natureza económica (sobretudo presente na segunda parte).

Desde logo presumem-se enquadradas na noção de *auxílio concedido pelo Estado* as vantagens económicas atribuídas pelas entidades organicamente enquadradas na estrutura do Estado ou da Administração Pública, incluindo os órgãos de soberania, quaisquer órgãos funcionais da Administração Pública direta, indireta e autónoma dos Estados. Estas entidades, por definição, gerem e executam políticas públicas financiadas com dinheiro público, sob poderes de autoridade pública discricionária<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Não se incluem as decisões tomadas pelos Estados-Membros em cumprimento de obrigações emanadas do Direito da União, isto é, por decisão dos órgãos da União. Neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2009, *Puffer*, (C-460/07).

São também considerados recursos do Estado, abrangidos pela previsão da norma, os fundos comunitários sobre os quais o Estado-Membro tem o controlo ou a gestão, ainda que destinados à utilização ou benefício de entidades privadas<sup>16</sup>. Os recursos provenientes de fundos estruturais da União, do Banco Europeu de Investimento ou do Fundo Europeu de Investimento, ou de instituições financeiras internacionais (Fundo Monetário Internacional ou o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento), por exemplo, são considerados recursos estatais no caso de as autoridades públicas nacionais poderem dispor de forma discricionária da sua utilização<sup>17</sup>.

Relativamente a medidas adotadas por empresas públicas<sup>18</sup>, o TJUE considerou que apesar da sua ligação jurídica ao Estado e dos seus fins sociais, os recursos que emprega podem não cair no escopo de recursos do Estado<sup>19</sup>. O ponto determinante será o de identificar se foram efetivamente os recursos públicos a financiar a medida<sup>20</sup>. Com efeito, no caso das empresas públicas, importa distinguir os recursos que estas gerem na qualidade de intermediários do Estado, daqueles que são ativos provenientes da sua atividade privada.

No caso do setor empresarial do Estado, o facto de um recurso ser proveniente de uma entidade pública não significa, automaticamente, que o mesmo possa considerar-se como um recurso do Estado, para efeitos da aplicação do Tratado. Não raras vezes, entidades públicas com autonomia jurídica atuam, não como promotores do interesse

---

<sup>16</sup> Ver auxílio de Estado n.º SA.33807 (2011/n-Itália plano nacional de banda larga Itália, in [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/242381/242381\\_1352100\\_94\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/242381/242381_1352100_94_1.pdf), em especial, parágrafo 43, que refere: “A medida atual será financiada por recursos do Estado, ou seja, a partir de recursos do governo italiano (Ministério do Desenvolvimento Económico), das regiões italianas ou por fundos europeus em que as autoridades italianas têm controlo.”

<sup>17</sup> Decisão da Comissão, de 22 de novembro de 2006, sobre uma medida parcialmente financiada pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER).

<sup>18</sup> A Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas, define, no seu artigo 2.º, b) “empresa pública” como “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam”.

<sup>19</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust), (C-482/99).

<sup>20</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (Stardust) (C-482/99).

público, mas na sua qualidade de agentes económicos equiparados a empresas ou entidades privadas.

Refira-se, quanto a este aspeto particular, o caso *Pearle vs Hoofbedrijfschap Ambachten* (C-345/02)<sup>21</sup>, no qual o TJUE decidiu que os recursos derivados do cumprimento de uma obrigação de iniciativa de uma associação pública sobre um setor económico (no caso, o resultado da cobrança de determinados valores sobre os oculistas na Holanda), não podem considerar-se recursos públicos, porquanto: (i) a iniciativa da referida imposição não derivou do Estado ou de qualquer política governamental; (ii) a criação do referido fundo foi efetuada por iniciativa privada da associação de comércio dos oculistas, e porque (iii) a associação pública foi apenas um veículo para a cobrança e alocação dos fundos, sobre a qual não houve qualquer envolvimento ou intervenção do governo.

Assim, para se aferir a noção de recurso do Estado, é relevante determinar primeiramente se os recursos têm origem ou são geridos pelo Estado. O TJUE criou, para efeito da determinação da origem estatal dos recursos das empresas públicas um conjunto de indícios que ajudam a melhor balizar esta noção<sup>22</sup>.

## 2.2 Auxílio proveniente de recursos estatais

O regime dos auxílios de Estado aplica-se, por definição legal, também aos auxílios *provenientes de recursos estatais*. Esta noção engloba um conjunto vasto de situações que

---

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 2004, *Pearle vs Hoofbedrijfschap Ambachten* (C-345/02).

<sup>22</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, França/Comissão (*Stardust*), C-482/99: “(...) deve aceitar-se que a imputabilidade ao Estado de uma medida de auxílio adotada por uma empresa pública pode ser deduzida de um conjunto de indícios resultante das circunstâncias do caso concreto e do contexto no qual essa medida ocorreu. (...) Outros indícios podem, eventualmente, ser pertinentes para se concluir pela imputabilidade ao Estado de uma medida de auxílio adotada por uma empresa pública, tais como, nomeadamente, a sua integração nas estruturas da Administração Pública, a natureza das suas atividades e o exercício destas no mercado em condições normais de concorrência com operadores privados, o estatuto jurídico da empresa, regulado pelo direito público ou pelo direito comum das sociedades, a intensidade da tutela exercida pelas autoridades públicas sobre a gestão da empresa ou qualquer outro indício, no caso concreto, de uma implicação ou da improbabilidade da não implicação das autoridades públicas na adoção de uma medida, atendendo igualmente ao alcance desta, ao seu conteúdo e às condições de que se reveste.” (55 e 56).



foram sendo identificadas ao longo das últimas décadas pela jurisprudência dos Tribunais da União, que de forma progressiva contribuiu para a construção de uma interpretação relativamente ampla do conceito de origem dos recursos estatais e para a sua separação conceptual da concessão pelo Estado.

Desde logo se coloca a questão de saber se dentro desta definição poderão estar compreendidos recursos que, pese embora a sua origem pública, sejam administrados por entidades de natureza jurídica privada, no sentido de terem sido efetivamente concedidos aos beneficiários do auxílio por essas entidades privadas. Note-se, a este propósito, a dinâmica da partilha de realização de fins públicos tipicamente executados pelo Estado em diversos setores de atividade com entidades privadas, sob variadas formas jurídicas<sup>23</sup>.

É necessário que a entidade que concede o auxílio não só utilize meios públicos, como atue na qualidade de entidade pública na prossecução de fins públicos, sendo assim, menos relevante a dimensão *subjektiva*, isto é, a natureza jurídica da entidade. Pelo que podem incluir-se nesta presunção operadores privados que administrem recursos públicos.

Tal conclusão foi, pela primeira vez, afirmada pelo Tribunal de Justiça<sup>24</sup> em 1977, no acórdão proferido sobre o caso *Steinike e Weinlig vs República Federal Alemã* (C-78/76), no qual o Tribunal concluiu que o auxílio pode ser concedido diretamente pelo Estado, por uma empresa ou entidade de outra natureza pública ou, ainda, por uma entidade privada designada pelo Estado para administrar o recurso em causa<sup>25</sup>. Neste caso, o Tribunal seguiu uma interpretação funcional do conceito de auxílio, não sendo relevante a identidade ou natureza jurídica da entidade que executa a medida, mas a existência de uma ação relevante de uma autoridade pública e o efeito útil que tal medida

---

<sup>23</sup> Geralmente, como opção de cumprimento mais eficiente desses fins, tornado a rede de gestão de valores públicos cada vez mais complexa, mas permitindo ao Estado utilizar diversos intermediários privados para a execução dos seus fins públicos. Em regra, as entidades privadas que gerem meios estatais estarão afetas a fins de interesse público, como são exemplo as IPSS ou associações privadas a quem foi reconhecido o estatuto de utilidade pública e que gozam de financiamento ou outros benefícios concedidos pelo Estado.

<sup>24</sup> Pese embora, já uma interpretação semelhante poderá extrair-se dos vários casos sobre ajudas para-fiscais, nos casos em que eram financiadas por contribuições privadas. Por exemplo, no caso C-47/69.

<sup>25</sup> Caso *Steinike e Weinlig vs República Federal Alemã* (C-78/76), 1977: de notar que este caso foi também precursor de outros aspetos relativos às regras de auxílios de Estado, nomeadamente, no que se refere à aplicação dos recursos a destinatários públicos ou privados e sobre toda a sua produção.

tem no destinatário<sup>26</sup>. É, pois, essencial que pelo menos exista uma ação do Estado suficientemente reconhecível para que se conclua pela sua intervenção; ou, por outras palavras, que os recursos utilizados nas medidas sejam de alguma forma atribuíveis ao Estado e, nesse sentido, que o auxílio lhe seja imputável<sup>27</sup>.

A mesma questão foi também abordada pelo Tribunal de Justiça no caso *Poor Farmers* (C-209/83), no qual o Tribunal, fazendo referência ao caso *Steinike e Weinlig*, decidiu que, seguindo o mesmo entendimento, o auxílio tanto poderá ser atribuído diretamente por um organismo público ou por outro tipo de intermediário<sup>28</sup>.

Assim, o elemento relevante para a determinação da autoria de concessão do auxílio é o da qualificação dos recursos económicos em causa como *públicos*, independentemente da natureza jurídica da entidade que o concede<sup>29</sup>.

Pertinente quanto a este aspeto foi a decisão do TJUE no caso *Sloman Neptun Schiffahrts* (C-72/91 e C-73/91), no qual é expressamente considerado que a expressão *mediante recursos do Estado serve para incluir na definição de auxílio de Estado não apenas as ajudas efetuadas diretamente pelo Estado, mas também as ajudas efetuadas por organismos públicos ou privados designados ou estabelecidos pelo Estado*<sup>30</sup>.

Refira-se que este caso representa o primeiro manifesto desentendimento entre o Tribunal de Justiça e a Comissão acerca da definição de auxílio estatal, uma vez que a

---

<sup>26</sup> Também neste sentido, *Quarto Relatório Geral sobre as Atividades da Comunidade (Fourth General Report on the Activities of the Communities)*, Comissão Europeia, 1971.

<sup>27</sup> Neste sentido, veja-se o caso *Van der Kooy e outros* (casos conjuntos C-67, 68 e 70/85), de 1988, no qual, pela primeira vez, o Tribunal de Justiça indicou este critério.

<sup>28</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 1985, *Comissão vs França (caso Poor Farmers)* (C-290/83), para. 14.

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2001 *Preussen Elektra* (C-379/88): “Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que apenas as vantagens concedidas direta ou indiretamente e provenientes de recursos estatais devem ser consideradas auxílios na aceção do artigo 92.º, n.º 1. Com efeito, a distinção estabelecida nesta disposição entre os «auxílios concedidos pelos Estados» e os auxílios «provenientes de recursos estatais» não significa que todas as vantagens concedidas por um Estado constituam auxílios, quer sejam ou não financiadas por recursos estatais, mas destina-se apenas a incluir neste conceito as vantagens atribuídas diretamente pelo Estado e as atribuídas por organismos públicos ou privados, designados ou instituídos pelo Estado (v. acórdãos de 24 de janeiro de 1978, *Van Tiggele*, 82/77, *Colect.*, p. 15, n.os 24 e 25; *Sloman Neptun*, já referido, n.º 19; de 30 de novembro de 1993, *Kirsammer-Hack*, C-189/91, *Colect.*, p. I-6185, n.º 16; de 7 de maio de 1998, *Viscido e o.*, C-52/97 a C-54/97, *Colect.*, p. I-2629, n.º 13; de 1 de dezembro de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, *Colect.*, p. I-7907, n.º 35, e de 17 de junho de 1999, *Piaggio*, C-295/97, *Colect.*, p. I-3735, n.º 35).”

<sup>30</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de março de 1993, *Sloman Neptun Schiffahrts*, processos apensos C-72/91 e C-73/91, para. 19.

Comissão defendeu, neste caso, que a ajuda dirigida a uma entidade para a beneficiar, independentemente de constituir uma despesa pública, deveria considerar-se auxílio de Estado, ao contrário do que havia defendido anteriormente, no caso *Van Tiggele*<sup>31</sup>. O Tribunal não aceitou esta posição flexível, provavelmente por uma questão de segurança e certeza jurídica<sup>32</sup>; isto é, de acordo com o entendimento do Tribunal já manifestado no caso *Van Tiggele*, o auxílio deve representar um efetivo custo para o Estado e revestir natureza financeira.

Ora, esta questão de carácter objetivo quanto ao conteúdo da medida – se deve ou não consubstanciar uma despesa pública em sentido financeiro – foi igualmente abordada pela jurisprudência do Tribunal. No referido caso *Van Tiggele* (C-82/77)<sup>33</sup>, o Tribunal entendeu, em primeiro lugar, que independentemente de qualquer interpretação ao conceito de auxílio de Estado aplicado ao abrigo do artigo 107.º do TFUE, é claro na letra da norma que uma medida caracterizada pela fixação de preços mínimos de retalho com o objetivo de favorecer distribuidores de um produto a custas exclusivas dos consumidores, não pode constituir um auxílio, no sentido do referido artigo. Em segundo lugar, concluiu o Tribunal que as vantagens originadas por tal intervenção na formação de preços a favor dos distribuidores dos produtos em causa não foram atribuídas, direta ou indiretamente, com recursos do Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE<sup>34</sup>. Ora, resultou deste caso que, segundo o entendimento do TJUE, não são considerados auxílios de Estado, para efeitos da aplicação do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado, as medidas que não traduzam um efetivo custo para os cofres do Estado, ou, por outras palavras, as

---

<sup>31</sup> No caso *Van Tiggele* (C-82/77) a Comissão havia manifestado um entendimento mais rígido, defendendo que o auxílio teria que consistir numa despesa suportada pelo Estado. A diferença de interpretação neste caso, em relação ao caso *Sloman Neptun Schiffahrts* (processos apensos C-72/91 e C-73/91) poderá justificar-se pela evolução da política de auxílios levada a cabo pela Comissão no contexto pós-programa 1992, no seguimento do qual, a Comissão revelou maior preocupação em compatibilizar os auxílios com a garantia de respeito pelas liberdades fundamentais do Tratado, como a não discriminação, assim como, evitar a usurpação de poderes discricionários dos Estados na aplicação de instrumentos potencialmente discriminatórios.

<sup>32</sup> Neste sentido, LÓPEZ, Juan Jorge Piernas (2015), *ob. cit.*, p. 166-167.

<sup>33</sup> Caso *Van Tiggele* (C-82/77), 1978. Este caso, em suma, referia-se à fixação de preços mínimos para a venda a retalho de bebidas alcoólicas por uma autoridade pública, a qual teve como efeito beneficiar certas categorias de distribuidores.

<sup>34</sup> Caso *Van Tiggele* (C-82/77), de 1978, para. 24-25.

medidas que não impliquem uma despesa pública (no referido caso, seriam os consumidores a suportar com os custos da medida).

A determinação do que constitui um recurso do Estado para efeitos da aplicação do Tratado está relacionada com a forma que a medida assume ou com os efeitos que provoca. Um encargo diretamente assumido pelo Estado e que constitui para si um custo é facilmente qualificável como uso de um recurso público. Ao invés, uma perda de receita considerada inerente ao funcionamento do próprio sistema não consubstancia de forma tão evidente a utilização de um recurso estatal, para os efeitos previstos no Tratado<sup>35</sup>. Contudo, um custo para o Estado, ainda que indireto, pode estar abrangido nesta noção<sup>36</sup>. Com efeito, existe uma transferência de recursos estatais numa situação de concessão de um direito especial ou exclusivo a favor do beneficiário, caso a autoridade pública deixe de cobrar o montante normal que deveria cobrar em contrapartida pela utilização ou acesso ao domínio público ou a recursos naturais. Este efeito negativo para as receitas do Estado entra na conceção de auxílio, salvo se consistir numa característica intrínseca da medida<sup>37</sup>.

No que respeita à dimensão de *recursos estatais*, é ainda relevante aflorar a hipótese de a sua origem não ser *verdadeiramente pública*, mas antes privada. Isto é, já não de os meios que foram disponibilizados ao beneficiário do auxílio provirem de fontes do Estado (independentemente da entidade pública ou privada que efetivamente concede o auxílio),

---

<sup>35</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de março de 1993, *Sloman Neptun Schiffahrts*, processos apensos C-72/91 e C-73/91. O caso *Sloman Neptun Schiffahrts* envolveu uma redução de salários (até 20%) dos trabalhadores estrangeiros em navios alemães registados, relativamente aos níveis previstos por lei para os trabalhadores alemães, levando a uma redução das receitas para a Segurança Social, ou seja, do Estado, sobre a remuneração destes trabalhadores estrangeiros. O TJUE considerou que o benefício para os empregadores de trabalhadores estrangeiros (na forma de salários mais baixos) foi financiado pelos próprios trabalhadores, e que qualquer perda de receitas para o Estado decorrente dos encargos sociais mais baixos (sobre os salários mais baixos), consistiu simplesmente numa consequência disso, não tendo a lei criado, através do seu objeto ou da sua estrutura, uma vantagem para os empregadores que pudesse significar um encargo adicional para o Estado.

<sup>36</sup> Esta ideia foi mais tarde densificada no caso *France Télécom (Bouygues)* (casos conjuntos C-399/10 e C-401/10 P), no qual o Tribunal de Justiça determinou que, para que uma medida seja considerada auxílio de Estado, para efeitos da aplicação do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, não terá que consistir num custo imediato para o orçamento de Estado, podendo consistir num custo indireto ou no risco concreto de ser imposto um custo futuro para o Estado.

<sup>37</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de março de 1993, *Sloman Neptun Schiffahrts*, processos apensos C-72/91 e C-73/91.

mas agora, de saber se também se poderão enquadrar no regime de auxílios os recursos cuja propriedade ou titularidade esteja atribuída a entidades privadas.

No caso *Preussen Elektra* (C-379/88), o TJUE determinou que se o recurso utilizado no auxílio concedido provém integralmente de fonte privada, quer seja aplicado por uma entidade privada ou por uma entidade pública quando agindo como tal, não deve considerar-se recurso do Estado e, por isso, encontra-se fora do âmbito de aplicação do Tratado<sup>38</sup>. Neste caso esteve em causa a não qualificação como recursos públicos dos encargos financeiros de empresas privadas pelo fornecimento de eletricidade proveniente de uma obrigação legal de comprar, a preços mínimos fixos, a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis. Na sua decisão, o Tribunal ignorou os efeitos que a medida produziu no regular funcionamento do mercado e o nível de distorção na concorrência, interpretando restritivamente a definição de auxílio à luz do Tratado quanto à origem estatal dos recursos utilizados. Algumas críticas foram levantadas quanto a esta interpretação do Tribunal, uma vez que a mesma possibilitaria aos Estados-Membros conceder vantagens fora do âmbito do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, através de meios indiretos, fora do controlo da Comissão<sup>39</sup>.

Contudo, em outros casos o Tribunal fez uma interpretação mais ampla da noção de recursos estatais, recorrendo a critérios de *gestão* ou *controlo* dos recursos pelo Estado, independentemente da sua titularidade. Assim, o TJUE admite situações em que a origem

---

<sup>38</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2001 *Preussen Elektra* (Caso C-379/88): “Uma regulamentação de um Estado-Membro que, por um lado, obriga as empresas privadas de fornecimento de eletricidade a comprar a eletricidade produzida na sua zona de fornecimento a partir de fontes de energia renováveis a preços mínimos superiores ao valor económico real deste tipo de eletricidade e, por outro, reparte o encargo financeiro resultante desta obrigação entre as referidas empresas de fornecimento de eletricidade e os exploradores privados das redes de eletricidade situadas a montante não constitui um auxílio de Estado na aceção do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º, n.º 1, CE).”.

<sup>39</sup> A Comissão, por seu lado, sustentou que “a preservação do efeito útil dos artigos 92.º e 93.º do Tratado, em conjugação com o disposto no artigo 5.º do Tratado CE (atual artigo 10.º CE), exige que a noção de auxílio de Estado seja interpretada de forma a também se estender às medidas de apoio que, como as previstas pela *Stromeinspeisungsgesetz*, alterada, são decididas pelo Estado mas financiadas por empresas privadas. Baseia a sua análise, por analogia, na jurisprudência do Tribunal de Justiça nos termos da qual o artigo 85.º do Tratado CE (atual artigo 81.º CE), em conjugação com o artigo 5.º do mesmo Tratado, proíbe que os Estados-Membros tomem medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas (v., designadamente, acórdão de 17 de Novembro de 1993, *Meng*, C-2/91, *Colect.*, p. I-5751, n.º 14).”.

dos recursos não sendo pública, por exemplo quando provenham de donativos particulares, desde que estejam sob controlo e à disposição de entidades públicas, se enquadrem no regime<sup>40</sup>. Neste caso, releva não a origem dos recursos, mas a direta ou indireta intervenção de autoridade pública<sup>41</sup>.

Um recurso cuja titularidade seja detida integralmente por uma entidade privada e cuja aplicação não constitui qualquer custo para o Estado poderá, ainda assim, ser considerado um recurso do Estado nos termos do Tratado, caso o Estado detenha um controlo relevante ou determinante sobre o referido recurso. Neste sentido, por exemplo, o Tribunal considerou que um tributo parafiscal<sup>42</sup> pode ser um recurso estatal, ainda que o seu resultado não reverta para o Estado e seja canalizado diretamente para as empresas privadas que financiam as contribuições em causa, desde que: (i) o tributo parafiscal tenha sido instituído pelo Estado, (ii) o tributo seja financiado por contribuições impostas ou geridas pelo Estado e (iii) as receitas provenientes do tributo parafiscal sejam usadas a favor de certos destinatários<sup>43</sup>.

O TJUE considerou fundos que provêm de fontes exclusivamente privadas (por exemplo, as tarifas aéreas cobradas pelas companhias aéreas<sup>44</sup> ou a utilização de prémios não reclamados de corridas de cavalos pelo Estado para financiar a Segurança Social<sup>45</sup>), que satisfazem necessidades públicas, como recursos estatais.

Ora, os critérios de imputabilidade da medida adotados pelo legislador visam evitar que as regras de concorrência pudessem ser contornadas mediante a utilização pelos

---

<sup>40</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de dezembro de 1996, *Air France/Comissão* (T-358/94).

<sup>41</sup> Acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2012, *França e outros/Comissão*, processos apensos T-139/09, T-243/09 e T-328/09.

<sup>42</sup> Tributo parafiscal (*parafiscal tax*), genericamente, é um tributo imposto pelo Estado sobre a produção nacional de um determinado produto e sobre as importações desse produto, a fim de financiar alguma atividade especificamente relacionada com esse produto (por exemplo, de marketing ou de investigação), de modo a evitar a imputação de tais custos aos contribuintes em geral. Também neste sentido, ver caso *França/Comissão* (C-47/69), desenvolvido mais abaixo.

<sup>43</sup> Caso do *Fundo de Compensação Luxemburguês*: foi decidido pelo TJUE que os valores cobrados pelos fornecedores de eletricidade aos consumidores finais foram transferidos para um fundo público antes de serem pagos às empresas que haviam comprado eletricidade verde, a qual era mais cara do que a eletricidade gerada a partir de combustíveis fósseis.

<sup>44</sup> Caso *Air France vs Comissão* (T-358/94), 1996.

<sup>45</sup> Caso *Ladbroke Racing vs Comissão* (T-67/94), 1998.

Estados-Membros de intermediários para a concessão de vantagens indevidas. Resulta, pois, do regime adotado, uma clara preocupação em incluir quaisquer formas de financiamento ou de isenção aos operadores que beneficiando da intervenção direta ou indireta do poder público, não conseguiriam de outra forma obter vantagem concorrencial sobre os restantes operadores. Importa, pois, averiguar caso a caso em que medida a intervenção do Estado opera uma distorção da concorrência, independentemente da via que assumam.

Em suma: resulta da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a noção de auxílio concedido pelo Estado ou através de recursos do Estado duas ideias fundamentais. A primeira, que o auxílio deve consubstanciar um encargo financeiramente contabilizável para o Estado. A segunda, que o benefício emergente na esfera do beneficiário do auxílio deve advir de uma ação ou conduta imputável ao Estado.

### **3 Formas ou tipos de medidas**

#### *3.1 Noções gerais*

Com referência ao disposto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, torna-se claro que o legislador preteriu a enumeração taxativa de quais as formas ou tipos de medidas consideráveis na definição de auxílios de Estado, ao prever que poderão ser caracterizados como tal quaisquer medidas, independentemente da forma que assumam.

Os auxílios poderão, assim, configurar-se sob a forma de atribuição de uma vantagem económica, fiscal, ou de outra natureza, quer pressuponha uma operação material positiva, como uma transferência financeira (por exemplo, um subsídio), quer represente uma redução de encargos (por exemplo, uma bonificação de juros, o

fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, ou benefícios fiscais ou parafiscais)<sup>46</sup>.

Apesar da variedade de formas que poderá assumir o auxílio, tipicamente se recorre ao exemplo do subsídio, como medida tipo. Sob o ponto de vista económico, geralmente distinguem-se dois tipos de subsídios, os que afetam custos variáveis (*variable subsidy*) e os que afetam custos fixos (*lump-sum subsidy*)<sup>47</sup>.

Todavia, auxílio não é sinónimo de subsídio<sup>48</sup>, é antes uma noção mais ampla que poderá incluir outro tipo de vantagens, que nem sequer constituem necessariamente uma transferência financeira positiva<sup>49</sup>. Naturalmente que, em sentido inverso, também não são consideráveis como auxílios para efeitos do Tratado todos os subsídios e, muito menos, todo o tipo de gastos públicos, uma vez que os mesmos não comportam, necessariamente, uma natureza discriminatória ou sequer produzem um efeito de distorção da concorrência.

De facto, os auxílios de Estado poderão revestir variadas formas, designadamente: subsídios diretos, fornecimentos de matérias-primas, energia ou outros bens e serviços em condições preferenciais, indemnizações, políticas de ordenação preferencial, descontos mais favoráveis, atribuição de garantia de dividendos, reembolsos de custos em certas circunstâncias, garantias a fornecedores<sup>50</sup>, subvenções, empréstimos sem juros ou a taxas inferiores às de mercado, bonificações de juros, concessão de garantias em

---

<sup>46</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2001 *Banks vs Coal Authority* (C-390/98), para. 30: “O conceito de auxílio é mais lato do que o de subvenção, pois não se limita a abranger prestações positivas, como as próprias subvenções, compreendendo também intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na aceção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (ver, designadamente, acórdãos de 23 de fevereiro de 1961, *De Gezamenlijk e Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade*, 30/59, *Colect. 1954-1961*, pp. 551, 559, e de 1 de dezembro de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, *Colect.*, p I-7907, n.º 34)”.

<sup>47</sup> NIELS, Gunnar, e outros (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, p. 407.

<sup>48</sup> Genericamente, poderão considerar-se três elementos mínimos essenciais à definição de subsídio: (i) uma forma de ação pública; (ii) a concessão de uma vantagem económica; (iii) com impacto no processo competitivo (neste sentido, RUBINI, Luca (2009), *ob. cit.*, p. 19).

<sup>49</sup> A este propósito, ver novamente caso *Van Tiggele* (C-82/77), 1978, e análise efetuada no ponto anterior acerca do entendimento do Tribunal de Justiça sobre o pressuposto de implicação de uma despesa para o Estado.

<sup>50</sup> FLYNN, Leo, *Postgraduate Diploma/Masters in EU Competition Law 2010-2011*, King's College London, University of London, Informa Professional Academy.



condições mais vantajosas, regimes de amortização acelerada, injeções de capital, vantagens fiscais, redução de contribuições para a Segurança Social, entre outras<sup>51</sup>.

O conceito de auxílio é, pois, preenchido, atendendo ao seu conteúdo e não à forma que reveste. A injeção de capital numa empresa poderá constituir uma forma de auxílio estatal, ocorrendo geralmente em situações em que a empresa não conseguirá, sob condições normais de mercado, recuperar o investimento, num período razoável. A concessão de garantias pelo Estado a um privado poderá igualmente constituir um auxílio, mas mais uma vez, desde que o privado não consiga obter junto do mercado idênticas condições.

A medida quantitativa do auxílio corresponderá à efetiva vantagem financeira atribuída pelo Estado. Atendendo às diferentes formas que o auxílio pode assumir, tal vantagem poderá simplesmente corresponder à quantia doada ou emprestada ao beneficiário (por exemplo, no caso da atribuição de um subsídio) ou, noutros casos, é calculada com recurso ao equivalente-subvenção bruto (ESB). Por exemplo, no caso da atribuição de uma bonificação de juros, a vantagem para o beneficiário encontra-se no valor dos juros que a empresa fica dispensada de pagar, pelo que o respetivo ESB terá de ser calculado com base apenas nessa vantagem equivalente aos juros, não se contabilizando o próprio reembolso. Outro exemplo será o caso de um empréstimo em condições mais favoráveis, situação na qual o ESB consistirá na diferença entre os juros de referência calculados à taxa em vigor no momento da concessão e os juros efetivamente pagos<sup>52</sup>. No fundo, a vantagem conferida é sempre correspondente apenas ao apuramento do elemento que se reveste como auxílio.

Assim, o elemento chave é, efetivamente, a *vantagem* económica concedida ao particular, sem a qual não teria condições superiores face aos restantes concorrentes, independentemente da forma que assuma<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Ver <http://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

<sup>52</sup> Ver <http://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

<sup>53</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, Altmark Trans, C-280/00.

### 3.2 O critério da não equiparação a financiamento privado

Uma das formas mais eficazes de aferir a natureza da vantagem concedida – se cabe ou não na noção de auxílio de Estado – será através de um método comparativo entre as condições de investimento obtidas através do auxílio concedido pelo Estado com aquelas que o operador obteria em condições normais de mercado, junto de investidores privados<sup>54</sup>.

Importa ter em linha de conta que tal análise comparativa se determina com o recurso a todo o mercado relevante e não apenas a um investidor isolado, sob pena de se perverterem os resultados comparativos. Pelo que, caso a empresa que beneficia da medida de auxílio pudesse, por hipótese, obter igual vantagem no mercado, ainda que recorrendo a várias fontes de financiamento, por exemplo, no caso de empréstimo bancário através da contração de vários créditos a diferentes instituições, a mesma não recairá na aceção do artigo 107.º do Tratado<sup>55</sup>. Nesse caso, embora a comparação seja feita entre a obtenção de financiamento com recurso ao Estado (uma só entidade), em comparação com a obtenção de financiamento com recurso a investidores privados (ainda que a várias entidades), se o resultado for igual, não se poderá considerar um auxílio de Estado, atento o critério dos efeitos sobre a concorrência. Verificando-se que a empresa obteria igual apoio financeiro no mercado de capitais, independentemente do número de

---

<sup>54</sup> O Tribunal Geral ordenou à Comissão, no caso *Bundesverband Deutscher Banken vs Comissão*, de 2010, que procedesse a esta análise na averiguação da compatibilidade do auxílio com o Tratado.

<sup>55</sup> A este respeito, veja-se o caso *Bundesverband deutscher Banken e V. vs Comissão* (caso “*Helaba*”) (T-36/06) do Tribunal Geral: “*Impõe-se constatar que esta referência do Tribunal ao comportamento de outros investidores não confirma o argumento do recorrente, uma vez que não tem relação com a questão de saber se o facto de um investidor subscrever sozinho a totalidade de uma emissão aumenta o perfil de risco do investimento.*” (para 84); “*Observe-se que o facto de a participação não ter sido negociada no mercado não torna manifestamente errado considerar que pode ser tida em conta uma diminuição da remuneração suscetível de compensar uma eventual majoração desta devido à importância da exposição ao risco do Land no Helaba. Com efeito, o recorrente não afirma que o Helaba não podia ter obtido no mercado, sendo caso disso, junto de vários investidores, uma participação com as mesmas características, do seu ponto de vista, que a participação controvertida (volume, duração indeterminada, remuneração de garantia). Nestas circunstâncias, podia incitar o Land a renunciar a uma eventual majoração da remuneração para ter em conta a sua importante exposição relativamente ao Helaba na medida em que podia ter recusado a sua proposta e obter no mercado os fundos a um custo inferior.*” (para. 90).

relações jurídicas necessárias para esse efeito, não se poderá considerar que a medida produz efeitos que falseiem a concorrência.

A questão de saber se a empresa envolvida poderia ter obtido um determinado benefício em condições normais de mercado deve ser avaliada com base na análise do comportamento de um prudente investidor privado, ou seja, se o mesmo teria obtido semelhante vantagem (rendimento ou possibilidade de incorporação em meios de poupança, por exemplo, nos custos operacionais) nas mesmas condições ou em condições comparáveis (teste do investidor privado, por comparação com o investidor público desinteressado nas vantagens individuais de utilização de mecanismos de mercado, que incorporaria teoricamente um risco de investimento superior)<sup>56</sup>.

Não sendo minimamente previsível que, dadas as concretas características da empresa em causa ou as circunstâncias do mercado, a empresa beneficiada com o auxílio estatal conseguiria obter semelhante benefício no mercado privado, por exemplo, com recurso a empréstimo bancário ou captação de investidores privados, tem a Comissão entendido que tal auxílio será, por princípio, incompatível com o Tratado, por criar uma vantagem artificial na empresa beneficiada, distorcendo a concorrência<sup>57</sup>.

## **4 Os beneficiários**

### *4.1 Noções gerais*

No que respeita aos beneficiários ou destinatários de auxílios, entende-se que os mesmos terão que ser empresas ou produções. O conceito de empresa, tal como apresentado pela jurisprudência da União quanto à matéria de direito da concorrência, não coincide necessariamente com a noção adotada pela legislação comercial ou de sociedades comerciais, uma vez que empresa, neste contexto, poderá incluir mais do que

---

<sup>56</sup> SOLTÉSZ, Ulrich e VON KÖCKRITZ, Christian (2010), *From State Aid Control to the Regulation of the European Banking System—DG Comp and the Restructuring of Banks*, European Competition Journal, p. 286.

<sup>57</sup> Neste sentido, caso *Tubemeuse* (C-142/87), melhor desenvolvido *infra*.

uma pessoa jurídica singular ou coletiva, desde que compreenda uma unidade económica, para efeitos da atribuição do auxílio<sup>58</sup>. Ou seja, o fator determinante para a definição de empresa, neste contexto, será o da comunhão de interesses com vista a um objetivo comum e não, propriamente, a natureza jurídica da entidade beneficiária.

O conceito jusconcorrencial de empresa apresenta diferenças assinaláveis relativamente ao conceito utilizado noutros ramos do Direito, “*compreendendo qualquer combinação de recursos produtivos orientada para a prossecução de uma atividade económica, não necessariamente lucrativa*”<sup>59</sup>.

Tal entendimento foi declarado pelo Tribunal de Justiça, por exemplo, no caso *Ministero dell'Economica e delle Finanze vs Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*. (C-222/04), a propósito do qual o Tribunal afirmou que “*segundo jurisprudência assente, no contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”<sup>60</sup>. E, ainda, que “*constitui uma atividade económica qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*”<sup>61</sup>.

Nestes casos, fica evidente que o Tribunal adotou critérios de carácter económico e funcional para determinar o *sujeito passivo* do auxílio, afastando referências eventualmente divergentes nas definições legais nos vários Estados-Membros.

O TJUE foi desenvolvendo um conjunto de critérios que ajudam a determinar a noção de beneficiário de auxílio, de entre os quais, os critérios a seguir mencionados, que não são exaustivos.

---

<sup>58</sup> Definição adotada no ponto 11 da decisão do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de julho de 1984 no caso *Hydrotherm C. Andreoli* e no caso *Países Baixos vs Comissão* (C-382/99), de 2002.

<sup>59</sup> MORAIS, Luís D. S. (2009), *Os conceitos de Objecto e Efeitos Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções de Concorrência*, Almedina, p. 18.

<sup>60</sup> Ver, designadamente, acórdãos de 23 de abril de 1991, *Höfner e Eiser*, C-41/90, Colect., p.I-1979, n.º 21, e de 16 de março de 2004, *AOKB undesverbande*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Colect., p.I-2493, n.º 46).

<sup>61</sup> Caso *Ministero dell'Economica e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA et al.* (C-222/04), para. 107 e 108.

#### 4.2 *O critério do operador numa economia de mercado*

Para efeitos da determinação do beneficiário do auxílio especificamente no caso das pessoas coletivas, é irrelevante se a titularidade do capital social é pública ou privada, porquanto, desde logo, poderemos estar perante situações em que o Estado se comporta como um participante no mercado, em posição de concorrência com os operadores privados<sup>62</sup>.

Com efeito, sempre que o Estado atua como um operador no mercado, terá que se cingir às mesmas regras que um qualquer operador privado, pelo que será, igualmente considerada auxílio de Estado a vantagem particular que uma empresa pública ou uma empresa detida por capitais públicos obtém.

Pelo contrário, caso o Estado atue no uso de poderes públicos, através da realização de funções exclusivamente públicas (por exemplo, em tarefas como a segurança social ou a defesa), não existem operadores comparáveis no mercado, pelo que, nesses casos, não recairá no escopo do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE<sup>63</sup>. Com efeito, atividades de natureza exclusivamente pública, com fins públicos de criação de emprego, desenvolvimento social ou regional ou outras razões estritamente de política pública estarão por regra excluídas deste regime.

Logo, são abrangidas pelas regras da União quanto a matéria de auxílios as operações económicas realizadas por autoridades públicas que atuem direta ou indiretamente como operadores no mercado<sup>64</sup>, uma vez que na situação em causa concorrem com os demais operadores, não sendo legítimo que beneficiem de especiais circunstâncias.

---

<sup>62</sup> Atento o princípio de igual tratamento vertido no artigo 345.º do TFUE.

<sup>63</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 2001 *Banks vs Coal Authority* (C-390/98).

<sup>64</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1986, *Bélgica/Comissão*, (40/85).

### 4.3 O critério da seletividade

Um aspeto distintivo no que respeita aos beneficiários do auxílio é a característica da *seletividade*, atendendo a que os auxílios estatais são medidas *particulares* e *concretas*, e não gerais e abstratas. São, pois, direcionadas a certos destinatários. Uma medida é seletiva na medida em que proporciona uma vantagem exclusiva a determinada empresa ou determinado setor, em detrimento de outros. A concessão do auxílio qualifica-se, nessa dimensão, como um ato discricionário. Existe um favorecimento particular e direcionado, atribuído sem um critério atendível à luz do direito da União.

No caso *Denkavit Italiana* (C-61/79), o Tribunal de Justiça sublinhou o elemento individual do benefício atribuído a uma entidade, referindo que “o artigo [107.º do TFUE] refere-se, portanto, à decisão dos Estados-Membros, pela qual estes, procurando cumprir com os seus objetivos económicos e sociais, conferem recursos unilateralmente a operadores autónomos ou outras pessoas ou lhes atribuem vantagens destinadas a encorajar a realização dos objetivos económicos e sociais pretendidos.”<sup>65</sup>.

Naturalmente que, no caso de o destinatário ser escolhido sob a forma de nomeação ou ajuste direto, existe maior probabilidade de se considerar existir um auxílio de Estado incompatível com o Tratado. Ao contrário, se o mesmo for selecionado por consequência de um processo de seleção ou recrutamento, por exemplo mediante um concurso público, a sua escolha resultou de um processo competitivo com outros operadores, também concorrentes, pelo que já se terá salvaguardado o normal funcionamento do mercado.

No caso *Autogrill España, SA vs Comissão* (T-219/10) do Tribunal Geral, quanto à adoção de uma medida fiscal, o Tribunal referiu que:

*“(p)ara apreciar se uma medida fiscal tem carácter seletivo, há que analisar se, à luz do quadro de referência, a referida medida constitui uma vantagem para certas empresas em relação a outras que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável (acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 29 supra, n.º 56). No*

---

<sup>65</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 1980 *Denkavit Italiana* (C-61/79).

*entanto, mesmo quando, no âmbito do quadro de referência, surge essa diferença de tratamento entre situações factuais e jurídicas comparáveis, segundo jurisprudência constante, o conceito de auxílio de Estado não abrange as medidas estatais que introduzem uma diferenciação entre empresas, e que, portanto, são, a priori, seletivas, quando essa diferenciação resulta da natureza ou da economia do sistema de imposições em que se inscrevem (acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 29 supra, n.º 52). Resulta do que precede que a qualificação de uma medida fiscal nacional de «seletiva» pressupõe, num primeiro momento, a identificação e o exame prévio do regime fiscal comum ou «normal» aplicável no Estado-Membro em causa. É em relação a este regime fiscal comum ou «normal» que se deve, num segundo momento, apreciar o eventual carácter seletivo da vantagem concedida pela medida fiscal em causa verificando que a mesma revoga o referido sistema comum na medida em que introduz diferenciações entre operadores que se encontram, à luz do objetivo prosseguido pelo sistema fiscal do Estado-Membro em causa, numa situação factual e jurídica comparável (acórdão do Tribunal Geral de 7 de março de 2012, British Aggregates/Comissão, T-210/02 RENV, n.º 49). Eventualmente, num terceiro momento, há que apurar se o Estado-Membro em causa conseguiu demonstrar que a medida é justificada pela natureza ou pela economia do sistema em que se inscreve (acórdão Portugal/Comissão).<sup>66</sup>».*

Ora, a seletividade pode inclusivamente existir, segundo o entendimento do TJUE, ainda que o setor de atividade em que se insere o beneficiário da medida seja essencialmente visado por medidas de apoio do Estado<sup>67</sup>. Ou, por outro lado, verificar-se-á o requisito da seletividade, mesmo se uma medida beneficia unicamente empresas estabelecidas numa área geográfica delimitada, perdendo assim a sua natureza de medida

---

<sup>66</sup> Caso *Autogrill España, SA/Comissão* (T-219/10) do Tribunal Geral, para. 31, 32 e 33.

<sup>67</sup> Por exemplo, neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 1990, *COFAZ/Comissão* (C-169/84), para. 22 e 23, e de 20 de novembro de 2003, *GEMO* (C-126/01), para. 37 a 39.

geral de política fiscal ou económica<sup>68</sup>. O Tribunal Geral qualificou ainda como seletiva uma medida aplicável durante um período limitado de tempo<sup>69</sup>.

A interpretação da noção de seletividade na escolha dos beneficiários de auxílios de Estado, conforme com o Tratado, implica sobretudo a atribuição de uma *vantagem discriminatória* a certas empresas ou a certas produções, suficiente para excluir o seu carácter geral e abstrato.

Por vezes, dada a diversificação ou quantidade dos beneficiários que poderão ser visados pela medida de auxílio, a apreciação do requisito da seletividade poder-se-á efetuar *a contrario*, através da delimitação dos beneficiários excluídos pela medida, a fim de se identificar os que estão abrangidos<sup>70</sup>. Na verdade, não está em causa a quantidade de destinatários (um ou mais) que beneficiam da medida, mas o facto de a mesma não ser efetivamente geral.

Fazendo referência ao método de análise do critério da seletividade para aferição da existência de auxílio, o TJUE refere que o artigo 107.º, n.º 1 do TFUE impõe que se determine se, no quadro de um dado regime jurídico, uma medida estatal é suscetível de favorecer “*certas empresas ou certas produções*” relativamente a outras que, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável<sup>71</sup>.

Neste sentido, quando a medida em causa, apesar de constituir uma derrogação ao regime jurídico geral, é potencialmente acessível a todas as empresas a operar no mercado, não se poderá proceder à operação que consiste em comparar, à luz do objetivo prosseguido pelo regime geral, a situação jurídica e factual de empresas que possam

---

<sup>68</sup> Ver, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2000, *Alemanha/Comissão*, (C-156/98), para. 23.

<sup>69</sup> Afirmou o Tribunal que uma medida que, tendo em conta o curto período dado às empresas para executarem os procedimentos que permitem preencher os requisitos para dela beneficiarem, de facto, fosse acessível apenas às empresas que já tivessem dado início aos procedimentos em causa, às que tivessem, no mínimo, previsto fazê-lo ou às que estavam decididas a levar a cabo essa iniciativa a muito curto prazo era seletiva. Assim, acórdão do Tribunal Geral de 4 de setembro de 2009, *Itália/Comissão* (T-211/05), para. 120 e 121.

<sup>70</sup> Assim, acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2000, *CETM/Comissão* (T-55/99), para. 39, 40 e 47.

<sup>71</sup> Caso *Portugal/Comissão* (C-88/03), para. 54. Também neste sentido, caso *Autogrill España, SA/Comissão* (T-219/10) do Tribunal Geral, para. 43.



beneficiar da medida, com a de empresas que dela não possam beneficiar<sup>72</sup>. Pelo que, a comparação entre duas empresas a operar no mercado com o objetivo de se poder determinar se uma delas é favorecida por uma medida estatal só é possível se, em abstrato, ambas pudessem ter acesso à referida medida, por se encontrarem *ex ante* em condições semelhantes. O quadro legal onde se enquadram as empresas deverá ser o mesmo, sob pena de os pressupostos de tal comparação não serem correspondentes.

Deste modo, para que a condição de seletividade esteja preenchida, deverá ser identificada uma categoria de empresas que se qualifiquem como as únicas beneficiadas pela medida em causa. A seletividade não poderá resultar da mera constatação de que foi estabelecida uma exceção a um regime geral da qual potencialmente todas as empresas, caso correspondessem aos requisitos legais para atribuição da excecionalidade, pudessem beneficiar. Na verdade, a seletividade não tem só que ver com a escolha de determinados beneficiários em detrimento de todos, mas com a escolha de beneficiários que, operando nas mesmas condições que outros, isto é, quer no regime geral, quer potencialmente no regime excecional num determinado quadro legal, obtêm uma vantagem face aos restantes. Segundo o entendimento dos Tribunais da União, compete à Comissão demonstrar que uma determinada medida introduz diferenciações entre as empresas que estão, em relação ao objetivo prosseguido, numa situação factual e jurídica comparável<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Caso *Autogrill España, SA/Comissão* (T-219/10) do Tribunal Geral, para. 44.

<sup>73</sup> Caso *Autogrill España, SA/Comissão* (T-219/10) do Tribunal Geral, para. 45-46 e também acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2011, no caso *Comissão/Países Baixos* (C-279/08), para. 62.

### **III. A noção de vantagem**

#### **1 Derrogações ao princípio da incompatibilidade com o TFUE**

Os números 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE vêm derrogar o princípio de incompatibilidade de auxílios de Estado previsto no n.º 1, prevendo um conjunto de situações excecionais de compatibilidade dos mesmos com o mercado comunitário.

As exceções previstas no n.º 2 do artigo 107.º operam de forma automática, logo que verificados os pressupostos das alíneas a), b) ou c), contrariamente às situações que vêm previstas no n.º 3, que indiciam situações-tipo, nas quais existem, por regra, fortes necessidades de interesse público que justificam uma intervenção do Estado, mas que não permitem ao Estado-Membro automaticamente aplicar uma medida de auxílio.

As situações elencadas nos números 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE enquadram-se substancialmente em critérios de interesse público, visando proteger bens jurídicos particularmente atribuídos às funções do Estado, como a igualdade, a distribuição equitativa de recursos, a proteção civil, a cultura e o património, ou o desenvolvimento económico equilibrado.

As derrogações automáticas previstas no n.º 2 do artigo 107.º do TFUE incluem: (a) auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais sem discriminação ligada à origem dos produtos em causa, (b) auxílios concedidos para remediar danos causados por calamidades naturais ou outras ocorrências extraordinárias, e (c) auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha, afetadas pela divisão da Alemanha.

Quanto às derrogações não automáticas elencadas no n.º 3, as mesmas dizem sobretudo respeito a situações de promoção do desenvolvimento económico-regional, fomento do emprego e de certas atividades económicas, sanção de graves perturbações da economia de um Estado-Membro, promoção da cultura e conservação do património ou destinadas a categorias de auxílios especificadas por decisão do Conselho.

A característica distintiva desses serviços é a sua não providência pelo mercado, de forma a acautelar a defesa de bens jurídicos coletivos, como a equidade, a justiça e a igualdade. Pelo que, terá que ser o Estado a providenciar pelo seu fornecimento, em grau e amplitude variáveis, de acordo com a política concreta que é implementada pelo Estado. Ora, têm em comum estes serviços o carácter de interesse público, pese embora visem atingir fins tão distintos como o equilíbrio geográfico e social, o fomento da economia ou o bem-estar da população, ainda que tais investimentos se desenvolvam de forma a não serem comercialmente viáveis e impliquem o não retorno financeiro.

É largamente defendido que determinadas funções devem ser executadas pelo Estado, sob pena de esgotamento do seu papel promotor dos valores coletivos e de reposição da justiça social que o mercado não tem em conta no seu funcionamento. Esta interferência é, todavia, necessariamente proporcional aos objetivos visados, sem colocar definitiva ou determinantemente em causa o princípio da livre concorrência, plasmado nos Tratados europeus. A regra de proibição da concessão de auxílios a empresas privadas é corolário dessa visão e, como tal, apenas em situações de interesse público excecional poderá legalmente um Estado selecionar um beneficiário para a execução desses serviços.

Acresce que a Comissão Europeia está habilitada a adotar regulamentos que estabelecem a compatibilidade de determinadas categorias de auxílios com o mercado interno, conforme previsto no n.º 4 do artigo 108.º do TFUE. A Comissão, ao regular os tipos de auxílio, por categorias, cuja compatibilidade com o Tratado é presumida, isenta os Estados-Membros da obrigação geral de notificação prévia do projeto de auxílio de Estado, conforme o procedimento previsto no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE<sup>74</sup>. A possibilidade de a Comissão estabelecer quais os tipos de auxílio que ficam dispensados da autorização prévia e que podem ser diretamente aplicados pelos Estados-Membros e pelos tribunais nacionais permite uma simplificação procedimental indispensável para garantia do funcionalismo do poder fiscalizador da Comissão. Permite ainda à Comissão assegurar mais transparência e segurança jurídica em todo o processo e conferir, ao

---

<sup>74</sup> Conforme foi previsto pelo Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos (anteriores) artigos 92.º e 93.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais.

mesmo tempo, um certo grau de mobilidade e flexibilidade à regulação destas matérias<sup>75</sup>, para além de possibilitar que se possa concentrar nos casos efetivamente relevantes de distorção da concorrência no mercado<sup>76</sup>.

Os auxílios tipicamente dispensados de autorização conduzem-se à promoção das seguintes categorias funcionais ou económicas: atividade das pequenas e médias empresas; inovação, investigação e desenvolvimento; proteção do ambiente; emprego e formação. Também estão incluídos os auxílios regionais aprovados para cada Estado-Membro com vista à promoção da coesão territorial e do desenvolvimento regional<sup>77</sup>.

Ao abrigo do disposto no artigo 108.º, n.º 4 do TFUE, através do Regulamento (UE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, a Comissão veio declarar certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum. A Comissão enumerou nesse diploma algumas categorias que por regra visam objetivos de interesse público e que, por essa razão, se encontram mais vulneráveis às condições de mercado, ou nem sequer são por este fornecidas, tais como: o ambiente, a equidade regional e social, o emprego, as pequenas e médias empresas, a energia, o transporte, a igualdade de género ou em função da idade.

Este regulamento veio a ser revogado pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis

---

<sup>75</sup> Segundo as conclusões sobre a aplicação do regulamento de habilitação, retiradas do Relatório sobre a aplicação do Regulamento, de 2006, os resultados têm sido positivos: *“A experiência demonstrou que os objetivos do Regulamento de habilitação foram amplamente alcançados, já que os Estados-Membros puderam introduzir 1300 medidas de auxílio destinadas a vários objetivos através de um procedimento simplificado. Paralelamente, verificou-se uma redução significativa do número de medidas de auxílio notificadas, o que, no entanto, apenas permitiu à Comissão fazer face ao aumento da carga de trabalho gerada pelo recente alargamento. No entanto, alguns Estados-Membros continuam a notificar medidas de auxílio que poderiam ser aplicadas ao abrigo de um RIC, principalmente por razões de segurança jurídica. Aquando da preparação da revisão dos RIC, a Comissão procurará melhorar e clarificar as várias disposições e definições e rever o âmbito de aplicação dos regulamentos, de modo a limitar ainda mais a necessidade de notificação, assegurando ao mesmo tempo que os RIC continuem a cobrir unicamente grupos de casos relativamente aos quais a Comissão pode excluir a existência de problemas de concorrência com um grau de segurança suficiente.”* (disponível em <http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>76</sup> A Iniciativa relativa à modernização dos auxílios estatais da Comissão Europeia (SAM) inclui a Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de janeiro de 2013, sobre a modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais (2012/2920 (RSP)), adotada ao abrigo do artigo 109.º do TFUE, que cria um conjunto de propostas que *“visam canalizar os recursos para a avaliação dos casos de maior envergadura em matéria de auxílios estatais, e não se aplicam a casos e a queixas menores, desprovidos de peso no comércio entre os Estados-Membros”*.

<sup>77</sup> Artigo 1.º alíneas a) e b) do Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998.

com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado (Regulamento Geral de Isenção por Categoria), desde que se observem as condições no mesmo estabelecidas. Subjacente à aprovação deste regulamento em 2014 está o reexame pela Comissão das matérias objeto de isenção, nomeadamente, as infraestruturas portuárias<sup>78</sup>.

Já em 2012 a Comissão havia lançado uma comunicação intitulada “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais” (MAE)<sup>79</sup>, na qual pretendia ampliar a análise e modernizar as categorias de auxílio anteriormente estabelecidas no regulamento de 2008. Os objetivos pretendidos foram: “(i) alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial, contribuindo simultaneamente para os esforços dos Estados-Membros no sentido de uma utilização mais eficiente das finanças públicas; (ii) centrar o controlo *ex ante* da Comissão nas medidas de auxílio nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados-Membros para efeitos de execução da legislação no domínio dos auxílios estatais, e (iii) simplificar as regras e tornar o processo de tomada de decisões mais rápido, bem informado e robusto, com base numa justificação económica clara, numa abordagem comum e em obrigações claras.”<sup>80</sup>

O Regulamento (UE) n.º 651/2014 abrange as seguintes categorias de auxílios:

- Auxílios com Finalidade Regional;
- Auxílios às PME;
- Auxílios ao acesso das PME ao financiamento;
- Auxílios à investigação e desenvolvimento e à inovação;
- Auxílios à formação;
- Auxílios a trabalhadores desfavorecidos e trabalhadores com deficiência;
- Auxílios à proteção do ambiente;
- Auxílios destinados a remediar os danos causados por certas calamidades naturais;

---

<sup>78</sup> Considerando (1) do Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014.

<sup>79</sup> COM (2012) 209 de 8.5.2012.

<sup>80</sup> Considerando (2) do Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014.

- Auxílios sociais ao transporte para habitantes de regiões periféricas;
- Auxílios a infraestruturas de banda larga;
- Auxílios à cultura e conservação do património;
- Auxílios a infraestruturas desportivas e recreativas multifuncionais;
- Auxílios a infraestruturas locais<sup>81</sup>.

Deste modo, a Comissão considera que determinadas categorias de auxílios de Estado, pelas suas características de incentivo específico à economia, de cariz social ou ambiental, desde que respeitem os critérios de intensidade máxima do auxílio, não causam um impacto significativo no comércio entre os Estados-Membros. Pelo que, estarão em condições de serem atribuídos pelos Estados, ficando isentos da aprovação prévia da Comissão.

Os investimentos públicos nestas áreas ou em outras áreas análogas são por regra permitidos pela Comissão, nos termos do Regulamento e do Tratado. Dentro destas categorias não se opera, todavia, um automatismo completo na isenção de autorização pela Comissão, uma vez que o Estado que concede a medida sempre terá que fazer cumprir os requisitos necessários à legalidade da mesma, em face das normas do direito da concorrência. O Regulamento prevê mecanismos de controlo, designadamente, ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento, o Estado tem 20 dias para informar a Comissão da sua medida de auxílio, assim como se encontra vinculado a outras regras de publicidade.

O Regulamento (UE) n.º 651/2014 foi alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2017/1084 da Comissão, de 14 de junho, que veio introduzir outras categoriais isentas, a fim de facilitar o investimento público e a criação de emprego para os setores dos portos, aeroportos, projetos culturais e regiões ultraperiféricas<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Secções 1 a 13 do capítulo III do Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014.

<sup>82</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/block.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/block.html).

## 2 O caso *Altmark* (C-280/00)

Paradigmático da definição de serviços de interesse económico geral foi o julgamento no caso *Altmark*<sup>83</sup>, através do qual o TJUE definiu quatro critérios fundamentais para a identificação de medidas que visam a execução de políticas de interesse económico geral e que, caso se encontrem preenchidos, não colocam em causa o princípio da não concessão de auxílio de Estado.

Segundo o TJUE neste caso, para considerar que o auxílio é compatível com o Tratado, em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público, e essas obrigações devem estar claramente definidas.

Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes. Assim, a compensação por um Estado-Membro dos prejuízos sofridos por uma empresa sem que os parâmetros dessa compensação tenham sido previamente estabelecidos, quando se revela *a posteriori* que a exploração de determinados serviços no cumprimento de obrigações de serviço público não foi economicamente viável, constitui uma intervenção financeira abrangida pelo conceito de auxílio estatal, na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado.

Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável;

Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efetuada no âmbito de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a coletividade, o nível da compensação necessário deve ser

---

<sup>83</sup> Caso “*Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg vs Nahverkehrsgesellschaft Altmark*” (C-280/00), de 2003.

determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas, assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

Assim sendo, não estaremos perante um auxílio proibido pelo Tratado, caso a medida cumpra os quatro critérios *Altmark*, que, para a jurisprudência comunitária, funcionam como um guia de avaliação nesta matéria.

Relativamente ao primeiro critério, é necessário o preenchimento de dois requisitos: o serviço em causa deve ter um âmbito universal, e os preços devem ser uniformes e razoáveis para o consumidor. Estes elementos são justificados por razões de equidade social, um dos fatores que pesa na balança para a admissão de determinadas medidas concretas de interesse público. Geralmente estão em causa bens e serviços considerados básicos ou essenciais à população, e cujo risco pelo não fornecimento pelo mercado (por vezes pelos custos associados) excede o desejável pela sociedade quanto ao bem-estar geral. São bens ou serviços cujo consumo individual não afeta o consumo por terceiros, ou seja, que não são exclusivos, mas universais, como é disso exemplo a segurança pública ou a defesa pelas forças armadas.

Ocorre que muitas vezes estes serviços são prestados através de monopólios públicos, como é o caso em muitos países dos serviços postais, de fornecimento de água ou de eletricidade. Nestes casos, o cumprimento dos requisitos de universalidade dos preços e do público abrangido não representa uma dificuldade, porquanto se trata de uma única empresa a fornecer para todo o mercado, sem outra opção para os consumidores. Poderá, contudo, verificar-se a introdução de fatores diferenciadores quanto ao público a abranger e quanto aos preços a praticar, por causa de objetivos de interesse público justificados. Designadamente, quanto à necessidade de diferenciar os preços respeitantes a diferentes zonas do país que, por motivos de assimetrias geográficas, demográficas, sociais ou económicas, se revele uma prioridade política, fundamentada à luz dos critérios acima enunciados.



É, portanto, essencial que o interesse público do bem ou serviço alvo da medida pública esteja devidamente caracterizado e definido, assim como, os métodos de cálculo das compensações que devem ser entregues à entidade autora da medida.

Por outro lado, haverá sempre que coordenar a análise deste critério com os elementos que definem o conceito de auxílio de Estado, especialmente quando se aferem os pressupostos da proporcionalidade e do carácter residual da medida: ela deverá corresponder à forma estritamente necessária a cumprir com os objetivos traçados e deverá ser a única forma de os alcançar. Os mesmos critérios deverão ser aplicados ao cálculo da compensação, que não poderá exceder o estritamente necessário a cobrir os custos incorridos com as obrigações assumidas pelo Estado, sob pena de se distorcerem os parâmetros de serviço público.

A proporcionalidade da medida significa ainda, de modo mais amplo, que o custo global para a economia não deve refletir um efeito negativo tal que proporcione uma dificuldade excessiva para o restabelecimento das relações normais entre os operadores e os consumidores, ou entre os operadores entre si, quando o auxílio se esgotar e se operarem as compensações devidas. Tal facto poderá determinar que o auxílio não cumpre com o requisito de verdadeiro interesse público, na medida em que irá provocar um efeito quase sistémico no mercado e cuja reposição não irá recuperar verdadeiramente a situação concorrencial que existia ou existira sem a concessão da medida.

A justificação para a aplicação da medida poderá ter por base razões económicas, como a correção de externalidade, ou razões não económicas, como a autonomia nacional. Um dos principais fundamentos da intervenção do Estado a este nível relaciona-se com a defesa de políticas comerciais de elevada importância para o país, cujo desenvolvimento industrial, designadamente, apresenta benefícios de ordem geral, com uma importância estratégica indispensável.

No que concerne ao segundo critério *Altmark*, os parâmetros de compensação devem estar previamente definidos, de forma a potenciar a transparência do processo.

Foi neste âmbito publicado o Enquadramento Comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2005/C 297/04)<sup>84</sup>, que veio auxiliar na concretização de alguns aspetos, designadamente sobre a forma e cálculo da compensação.

Com efeito, a transparência é um dos elementos essenciais para que as expetativas de ambas as partes – o Estado e a empresa beneficiária – possam ser correspondidas de modo objetivo, criando maior segurança nas relações estabelecidas entre si. Por isso, os parâmetros da compensação devem estar definidos desde o início, com o máximo nível de rigor e de clareza, especialmente no que respeita aos valores e prazos em causa. Este aspeto assume maior relevância quanto às medidas que se prolonguem no tempo e cujos custos vão sendo gradualmente mais difíceis de calcular.

O terceiro critério implica que a compensação não exceda o necessário para cobrir os custos incorridos no cumprimento das obrigações de serviço público, aplicando uma vez mais o princípio da proporcionalidade, ao nível da compensação. Os pressupostos de adequação das compensações foram definidos pela Comissão na referida Decisão de 28 de novembro de 2005, sobre a aplicação do artigo 106.º do TFUE<sup>85</sup>.

Os três primeiros critérios apresentam, apesar de tudo, algum nível de discricionariedade permitido pela Comissão aos Estados-Membros. Ao contrário, o quarto critério apresenta um desafio maior para os Estados, segundo o qual, é necessária uma análise comparativa, exercício esse de especial complexidade. Os negócios que impliquem elevado risco tendem, de modo geral, a colocar maiores dúvidas à Comissão<sup>86</sup>.

Em primeiro lugar, resulta claro que para o TJUE a atribuição de uma missão de serviço público por meio de um concurso público é a solução preferível com vista ao estabelecimento de uma compensação em conformidade com o Tratado. Uma vez escolhido o prestador do serviço mediante um concurso público, há uma presunção de

---

<sup>84</sup> Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1129\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1129(01)&from=PT).

<sup>85</sup> Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005D0842&from=PT>.

<sup>86</sup> NICOLAIDE, Phedon (2009), *The Incentive Effect of State Aid: Its Meaning, Measurement, Pitfalls and Application*.

que a operação trará menores custos para o Estado e que será efetuada de modo mais transparente.

A adoção deste critério pelo Tribunal coincide com a política seguida pela Comissão de recurso à contratação pública, através de mecanismos concorrenciais, mesmo no que respeita a operações de privatização de empresas públicas. Tal presunção significa que, caso um concurso público preencha determinados critérios mínimos, previamente definidos à luz das normas de direito da concorrência, a Comissão presume que a compensação corresponde ao preço de mercado praticado no mercado relevante e não inclui elementos de compensação excessiva. Outro elemento especialmente importante na análise do quarto critério será a necessidade de o Estado optar pelo candidato que possa praticar o melhor preço pelo serviço prestado. Face a este requisito, a Comissão considera que o concurso deverá ser tão universal e abrangente quanto possível, não se podendo excluir novos fornecedores, por exemplo, discriminando-os em razão da nacionalidade<sup>87</sup>.

A escolha do beneficiário por concurso público não é, contudo, garantia de que o regime dos auxílios fica salvaguardado, para os efeitos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE. Desde logo, porque atender unicamente ao requisito do menor preço muitas vezes não permite a escolha mais vantajosa para os objetivos pretendidos, o que torna mais complexa a análise. A Comissão não exclui a hipótese de em determinados casos ser preferível atender a critérios de qualidade ou outros relacionados com a capacidade de prestar o serviço de forma universal. O critério do fornecimento nas melhores condições, ainda que não corresponda ao preço mais baixo, pode ser atendido aquando da escolha da empresa<sup>88</sup>.

A segunda forma de preenchimento do quarto critério, que implica uma análise comparativa com outros operadores no mercado, representa ainda maiores dificuldades

---

<sup>87</sup> Decisão da Comissão de 26 de novembro de 2008, “*sobre o auxílio estatal C 3/08 (ex NN 102/05) — República Checa relativo a compensações de serviço público para empresas em autocarros da Morávia do Sul*”, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>88</sup> Decisão da Comissão, de 3 de maio de 2005, “*State aid N 382/2004 Broadband infrastructure project Limousin (Dorsal)*”.

de operacionalização para a Comissão, atento o maior grau de imprevisibilidade que pressupõe. Este representa o critério da eficiência, que deve ser avaliado com base no princípio de que a compensação não poderá exceder os custos que são suportados pela medida e, ainda, que não é permitida qualquer compensação extra para cobrir os custos inflacionados de uma empresa ineficiente. Caso estejamos perante uma empresa monopolista, este critério torna-se ainda mais difícil de preencher, visto não existir termo comparativo no mercado<sup>89</sup>.

Não obstante o seu mérito, algumas críticas têm sido levantadas contra esta metodologia, que alguns agentes públicos tendem a considerar demasiado restritiva, ao ponto de raramente se poderem reunir cumulativamente todos os requisitos e de, por conseguinte, ser quase impossível afastar a proibição de concessão do auxílio através dos mesmos. A Comissão tem interpretado estes critérios de forma estrita, garantindo assim um maior controlo na avaliação das medidas adotadas pelos Estados-Membros.

### **3 Fins de interesse público**

A fim de ser possível aferir de uma substancial qualificação do impacto dos auxílios de Estado para a concorrência, torna-se relevante compreender qual o *rationale* para a sua atribuição. A compreensão das razões subjacentes à própria concessão do auxílio baliza, como de resto ocorre com a ponderação de quaisquer fatores atendíveis a critérios de proporcionalidade, a avaliação do impacto que vantagens individuais têm no mercado em causa, sob pena de se desconsiderarem outros interesses de política pública diferentes da concorrência e com igual ou superior dignidade nos sistemas jusconstitucionais dos próprios Estados-Membros.

Tendo em vista o regime dos números 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE, importa sobretudo determinar que tipo de elementos poderão ser tidos em conta para aferir a

---

<sup>89</sup> Decisão da Comissão, de 26 de novembro de 2008, “*State aid granted by Austria to the Company Postbus in the Lienz District C 16/07*”.

compatibilidade da concessão do auxílio com o Tratado. Tais objetivos de interesse público enquadram-se, em geral, em dois vetores fundamentais: o desenvolvimento económico e social e a coesão territorial. De facto, uma falha de mercado ou outro objetivo de interesse geral poderão estar na base da aceitação de um auxílio, porque o mesmo visará um interesse superior e prevê-se equitativo na aplicação do interesse comum em causa.

Quanto a estes aspetos preliminares na avaliação da compatibilidade na concessão de auxílios com o Tratado, na aceção dos números 2 e 3 do artigo 107.º, alguns exercícios têm sido desenvolvidos para a criação de metodologias de avaliação que classificam o grau de compatibilidade das medidas com o regime do Tratado<sup>90</sup>, colocando questões como:

- (i) Existe alguma falha de mercado ou outro objetivo de interesse comum em causa ou cuja proteção é requerida (por exemplo, de coesão social ou regional)?
- (ii) A medida a considerar dá resposta a essa falha de mercado ou cumpre com esse objetivo de política pública, isto é, é eficaz no tratamento desse problema ou dessa exigência?
- (iii) A distorção da concorrência e os efeitos no comércio entre os Estados-Membros são suficientemente limitados, de modo a que o resultado da avaliação permita concluir que o balanço é positivo, sendo minimizados para o nível mais baixo possível?<sup>91</sup>

#### **4 A regra de *minimis***

O Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio de 1998, confere à Comissão a competência de poder fixar um limiar abaixo do qual se considera que as medidas de

---

<sup>90</sup> Veja-se o Plano de Ação da Comissão Europeia para os auxílios de Estado (2005) em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/saap\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/saap_pt.pdf).

<sup>91</sup> Ver a este propósito o “*teste de balanço*”: FRIEDERISZICK, Hans W. e outros, *ob. cit.* (2006), p. 37.

auxílio adotadas pelos Estados-Membros não preenchem os critérios enunciados no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, não ficando, por consequência, abrangidas pelo procedimento de notificação previsto no n.º 3 do artigo 108.º do Tratado. O n.º 3 do artigo 108.º do Tratado estabelece a obrigação de notificação dos auxílios estatais à Comissão, a fim de estabelecer a sua compatibilidade com o mercado comum, segundo os critérios do n.º 1 do artigo 107.º. Contudo, certas categorias de auxílios poderão, no entanto, ficar isentas da obrigação de notificação à Comissão.

Nessa sequência, foi estabelecida a regra de *minimis* pelo Regulamento (CE) n.º 69/2001<sup>92</sup>, com o propósito de tonar isentas as subvenções de montante reduzido, sob a presunção legal de que as mesmas são compatíveis com o Tratado, em função do baixo impacto financeiro que representam para o Estado. Este critério estabelece um limiar abaixo do qual o auxílio não é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE e, por conseguinte, não está sujeito ao procedimento de notificação do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, podendo ser diretamente aplicado pelo Estado Membro.

Posteriormente, o Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, veio atualizar as regras de *minimis*. Segundo os critérios estabelecidos neste Regulamento, os auxílios concedidos num período de três anos (três exercícios fiscais) e que não excedam o limiar máximo de 200.000 Euros não são considerados auxílios de Estado incompatíveis com o Tratado. O limiar regra era inicialmente de 100.000 Euros, aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 69/2001, tendo então sido duplicado, justificando-se pelo aumento da inflação e pelo crescimento do PIB da União.

O Regulamento (CE) n.º 1998/2006 era claro quanto à sua aplicação exclusiva aos auxílios transparentes, ou seja, aqueles passíveis de cálculo prévio e cujo montante se encontra definido de forma precisa, sem necessidade de proceder a uma avaliação de risco. São eles, designadamente, os auxílios que consistem em empréstimos sempre que o seu montante é calculado com base nas taxas de juros do mercado em vigor no momento da concessão do auxílio; os auxílios que consistem em injeções de capital, se o montante total da injeção de capitais públicos for inferior ao limiar de *minimis*; os auxílios que

---

<sup>92</sup> Após a Comunicação da Comissão relativa aos auxílios de *minimis* de 6-3-1996.

consistem em medidas de capital de risco se, no âmbito do regime de capital de risco em causa, a injeção de capitais a cada empresa beneficiária não for superior ao limiar de *minimis*; os auxílios que consistem em garantias de empréstimos, sempre que a garantia do empréstimo não for superior a 1.5 milhões de Euros (ou a 750.000 Euros no que se refere ao setor dos transportes rodoviários). Os países da União Europeia podem, porém, conceder garantias de empréstimos sobre montantes superiores a 1.5 milhões de Euros provando, segundo uma metodologia aceite pela Comissão, que o elemento de auxílio contido na garantia não excede 200.000 Euros.

Este Regulamento previa regras especiais para alguns setores. O limite máximo da subvenção para uma empresa do setor dos transportes rodoviários era de apenas 100.000 Euros, estando excluídas da regra de *minimis* algumas categorias como a pesca e a aquicultura, a produção primária dos produtos agrícolas, os auxílios a atividades relacionadas com a exportação, os auxílios subordinados à utilização de produtos nacionais, o setor do carvão, os auxílios destinados à aquisição de veículos de transporte rodoviário e os auxílios às empresas em dificuldade. Este critério flexibilizou a concessão de subvenções, enquadrando-se no Plano de Ação para os Auxílios de Estado (SAAP) apresentado pela Comissão para uma reforma elaborada para o período de 2005 a 2009 e que visava a reforma das políticas de concessão dos auxílios estatais, para concretização dos objetivos traçados na Estratégia de Lisboa. Os principais fins desta reforma visaram a criação de mecanismos mais eficazes na no controlo das ações dos Estados que ameacem o mercado concorrencial e, ainda, permitir que os auxílios fossem um verdadeiro instrumento para o fomento da economia, a criação de emprego e a competitividade na indústria europeia.

Atualmente encontra-se em vigor o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, para o período 2014-2020, que manteve os montantes limite já previstos. Este diploma veio, contudo, esclarecer algumas questões, nomeadamente no que respeita aos setores excluídos e à clarificação exhaustiva dos critérios que sustentam a aplicação do Regulamento.

O Regulamento (UE) n.º 1407/2013 não é aplicável, nomeadamente, aos auxílios atribuídos à exportação ou à utilização de produtos nacionais em detrimento de produtos importados. Também não é aplicável ao financiamento de redes de distribuição noutros Estados-Membros ou países terceiros<sup>93</sup>.

A fim de determinar se um auxílio é ou não compatível com o mercado comum é necessário tomar em consideração a intensidade do auxílio e, por conseguinte, o montante do auxílio. Nessa apreciação, deve atender-se ao montante a desembolsar pelo Estado, a que acresce os juros calculados à taxa prevalecente no mercado aquando da concessão. Estas taxas de juro de referência são periodicamente fixadas pela Comissão, em regra anualmente, e são comunicadas aos Estados-Membros através de carta da Direção-Geral da Concorrência<sup>94</sup>.

Assim, por aplicação do regime de *minimis*, os auxílios de Estado passam a estar isentos de comunicação prévia à Comissão, ao abrigo do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC) e verificadas determinadas condições, ficam também isentos os auxílios concedidos a favor de um serviço de interesse económico geral (SIEG). Outro qualquer auxílio de Estado não aprovado pela Comissão e não enquadrado nas exceções mencionadas é um auxílio ilegalmente atribuído pelo Estado-Membro, para efeitos da aplicação do Tratado em matéria de concorrência<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Considerando 9 do Regulamento (UE) n.º 1407/2013, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013R1407>.

<sup>94</sup> Ver em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/reference\\_rates.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html).

<sup>95</sup> Assim como, para efeitos de financiamento ou cofinanciamento por parte da União de determinada medida, será tratado como uma irregularidade, que o porá em causa.



#### **IV A distorção da concorrência como efeito dos auxílios de Estado**

##### **1 Noções gerais**

Para além dos pressupostos acima enumerados no capítulo II, estaremos perante um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado, caso a medida “*afete(m) as trocas comerciais entre os Estados-Membros*” e “*falseie(m) ou ameace(m) falsear a concorrência*”. Por princípio, a medida terá que produzir um efeito de distorção da concorrência no mercado e afetar de forma relevante as relações comerciais entre os Estados-Membros. A aferição do carácter restritivo da medida de auxílio para a concorrência é determinada atendendo aos efeitos que a mesma produz, isto é, importa verificar se a mesma impede, restringe, limita, previne ou distorce a concorrência no mercado onde atua o operador beneficiado.

A distorção da concorrência poderá, com efeito, materializar-se de várias formas, e os efeitos poderão classificar-se consoante afetem diretamente os consumidores dos produtos ou os outros concorrentes no mercado. A concorrência considerar-se-á distorcida se, por exemplo, os consumidores passarem a usufruir de opções de escolha mais limitadas ou condicionadas, ou se a possibilidade de mudarem de fornecedor dos bens ou produtos em causa for dificultada por consequência da medida em causa. Por outro lado, verificar-se-á ainda, potencialmente, uma situação de distorção da concorrência no mercado, caso os efeitos da medida adotada recaiam sobre os restantes operadores no mercado, ainda que não pareçam afetar diretamente os consumidores finais. Nesse caso, bastará que se verifiquem limitações à sua capacidade de competir, menores recursos à sua capacidade de investimento ou menor incentivo à inovação, para que problemas concretos de mercado se comecem a verificar, em consequência da atribuição do auxílio. Um concorrente do beneficiário de um auxílio de Estado não opera nas mesmas condições que este, por não lhe ter sido oferecida uma igual vantagem.

Para efeitos de aplicação do regime de auxílios estatais, é fundamental a demonstração de que a medida em causa provoca um efeito negativo na concorrência,

afetando os mecanismos regulares do funcionamento do mercado. Com efeito, poderemos estar perante uma medida do Estado, nos termos acima descritos, com favorecimento de determinado beneficiário, conferindo-lhe uma vantagem particular sobre os demais operadores no mercado e, ainda assim, não se poder considerar um auxílio de Estado para os efeitos previstos no artigo 107.º, n.º 1 do Tratado. Será necessário que se verifique, efetivamente e no caso concreto, o efeito de distorção da concorrência.

A densificação da matéria relativa aos efeitos dos auxílios de Estado sobre a concorrência, no âmbito do mercado comunitário e por aplicação da legislação comunitária, foi desenvolvida ao longo das últimas décadas, quer pela evolução das políticas desencadeadas pela Comissão, quer pela jurisprudência dos Tribunais da União, o que será objeto de maior desenvolvimento no presente capítulo.

A título de notas gerais, importa referir que a ponderação dos efeitos que os auxílios provocam é, naturalmente, realizada com maior dificuldade se feita em momento prévio à adoção da medida, atendendo a que *a priori* não se poderá prever, com absoluto rigor, se a mesma irá afetar de forma decisiva e relevante a concorrência ou o comércio entre os Estados-Membros. Este aspeto coloca-se como um forte entrave à adoção de soluções preventivas à violação das regras da concorrência, dificultando a regulação pelas entidades competentes. Uma das soluções legais encontradas para minimizar este risco decorre da exigência de autorização prévia a conceder pela Comissão sobre a adoção de quaisquer medidas que se possam qualificar como auxílios de Estado.

Compete à Comissão avaliar se a medida, ainda em fase de projeto, é ou não compatível com o Tratado e, em consequência, se poderá ou não ser colocada em prática pelo Estado<sup>96</sup>. Efetivamente, sob vários pontos de vista, a avaliação prévia do impacto concorrencial, através deste mecanismo, traduz-se numa melhor economia de recursos,

---

<sup>96</sup> Assim decorre do artigo 2.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22-03-1999, que dispõe: “*Salvo disposição em contrário dos regulamentos adotados nos termos do artigo 94.º ou de outras disposições pertinentes do Tratado, a Comissão deve ser notificada a tempo pelo Estado-membro em causa de todos os projetos de concessão de novos auxílios. A Comissão informará imediatamente o Estado-membro da receção da notificação.*”; e do artigo 3.º do mesmo Regulamento: “*Os auxílios a notificar nos termos do n.º 1 do artigo 2.º não serão executados antes de a Comissão ter tomado, ou de se poder considerar que tomou, uma decisão que os autorize.*”

mais celeridade processual e rentabilidade da aplicação de dinheiro público. Evita, portanto, que sejam colocadas em prática medidas ilegais, por contrárias ao Tratado, prevenindo, em consequência, os danos daí resultantes, designadamente, a necessidade de restituição dos valores concedidos ilegitimamente à empresa beneficiada pela medida.

Esta metodologia implica, necessariamente, uma análise do mercado baseada no contexto económico existente à data da aplicação da medida, ou da sua proposta de aplicação, considerando tão-só os fatores que nesse momento poderão estar em jogo e colocando para segundo plano quaisquer prognósticos sobre o futuro desenvolvimento desse contexto, ou dessa medida<sup>97</sup>. Não é, pois, relevante para efeitos de ponderação da compatibilidade da medida com o direito da concorrência quaisquer expectativas do Estado em vir a recuperar as quantias concedidas em condições futuramente mais vantajosas, por exemplo, por razões relacionadas com as flutuações de preços.

Assim, desde já se refira que, a decisão de aplicação da medida por parte do Estado deverá atender sempre ao momento em que a mesma é executada, porque é nesse particular contexto que a decisão de a implementar poderá conflitar com o mercado e, como tal, será nesse momento, e não noutro, que é possível qualificar a decisão do Estado como um auxílio de Estado.

Por outra via, dir-se-á que, naturalmente, uma análise feita *a posteriori*, anos mais tarde e eventualmente noutro contexto económico, poderá revelar que a empresa beneficiária do apoio estatal não desencadeou o retorno expectável, mas isso não significa estarmos perante um auxílio de Estado incompatível com o Tratado. Na verdade, as condições macroeconómicas podem ter entretanto evoluído de forma inesperada e terem desencadeado uma alteração na atividade da empresa. Ou o propósito concreto do apoio estatal à data poderá justificar um atraso no retorno. Ou ainda qualquer outra alteração relevante das circunstâncias poderá ter ocorrido, modificando o contexto inicial no qual a medida foi adotada.

---

<sup>97</sup> Neste sentido, ver o caso *Cityflyer Express vs Comissão* (T-16/96), de 1998 e o caso *França vs Comissão (Stardust)* (C-482/99), de 2002.

Sendo o momento relevante para a determinação dos efeitos sobre o mercado de cada medida potencialmente abrangida pelo artigo 107.º, n.º 1 do TFUE a conjuntura em que a mesma é aplicada, tal não significa que os agentes responsáveis pela aplicação das medidas, nomeadamente os decisores políticos, não devam ter em consideração, para medidas futuras, uma avaliação histórica do sucesso ou insucesso dos apoios já concedidos.

Por outro lado, a adequação da medida executada pelo Estado às regras da concorrência está sujeita a um acompanhamento constante, ao abrigo do princípio de cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros. À Comissão compete igualmente tramitar o processo relativo a auxílios ilegalmente concedidos e, nesse âmbito, ordenar o cumprimento de injunções de suspensão do auxílio ou da recuperação do auxílio<sup>98</sup>. De referir, quanto a este aspeto, que os procedimentos legais sobre os auxílios de Estado decorrem entre os Estados-Membros e a Comissão Europeia, sem intervenção direta do particular, facto que é revelador da dimensão política e institucional desta matéria.

Naturalmente que a avaliação do impacto na concorrência de um auxílio depende de fatores tão variados e imprevisíveis, que não permitem o conhecimento rigoroso de como se comportará a empresa beneficiária e de quais os riscos que o mesmo irá trazer para a economia. Ainda que o Estado disponha do máximo de informação possível, o que nem sempre acontece, a forma que o Estado utiliza para conceder o auxílio ou os interesses instalados em determinados setores da atividade económica influenciam fortemente o sucesso ou insucesso da aplicação da medida.

Em todo o caso, estudos recentes têm evidenciado os efeitos positivos da perspetiva das empresas beneficiárias, que conseguiram apresentar resultados melhores quando comparadas com outras que não receberam o auxílio<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Regime previsto nos artigos 10.º e seguintes do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22-03-1999, decorrente do disposto no artigo 108.º do TFUE.

<sup>99</sup> Veja-se o estudo de Criscuolo de 2012, sobre as mudanças positivas em empresas de uma região britânica alvo de medidas de auxílios estatais, nomeadamente, no emprego e investimento (disponível em <http://www.nber.org/papers/w17842>).

## **2 A relação entre o efeito de distorção da concorrência e a afetação do comércio entre os Estados-Membros**

Apesar de o efeito de distorção da concorrência e o efeito sobre o comércio entre os Estados-Membros se constituírem como dois distintos requisitos para a verificação de um auxílio estatal nos termos do Tratado, geralmente se confundem, criando entre si uma ligação intrínseca, que justifica a sua análise conjunta na aferição da existência de auxílio<sup>100</sup>, quer pelos Tribunais da União, quer pela Comissão Europeia. Os dois critérios foram sendo considerados indissociáveis pela jurisprudência comunitária<sup>101</sup>.

Com efeito, a distorção da concorrência provocada pela concessão de auxílios estatais foi objeto de análise jurisprudencial ao longo das últimas décadas, permitindo ao longo do tempo um apuramento mais estreito do conceito de distorção da concorrência, para efeitos de aplicação das normas do Tratado, como abaixo se demonstrará.

A análise da distorção da concorrência na matéria de auxílios estatais tem em vista não a consideração de outros objetivos de interesse público, mas uma pura avaliação do efeito provocado na concorrência no mercado. A distorção provocada por um auxílio, por exemplo, um subsídio, pode justificar-se noutra sede por motivos de ordem pública, de igualdade social ou de bem-estar geral. Contudo, não será essa a perspetiva da análise do seu impacto no jogo concorrencial dos agentes no mercado ou daqueles que pretendem aceder ao mercado com produtos não subsidiados. Em termos gerais, o benefício de um auxílio especial, seja ele um subsídio ou outro, interfere potencialmente com a dinâmica natural dos operadores económicos, de forma a proporcionar diferentes níveis de competitividade, inovação, acesso ao financiamento ou meios de produção entre os agentes que beneficiam e aqueles que não beneficiam do auxílio. Por isso, se deduz que, por princípio, aquele que beneficia de um auxílio, quando os restantes concorrentes não, terá uma vantagem competitiva, que é a capacidade de produzir a um preço mais baixo que os restantes concorrentes<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Por exemplo, casos T-298/97, T-312/97 ou T-23/98.

<sup>101</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de junho de 2000, *Alzetta*, processos apensos T-298/97, T-312/97.

<sup>102</sup> RUBINI, Luca (2009), *ob. cit.*, p. 381.

Do ponto de vista económico, as externalidades negativas provocadas pelo auxílio atribuído a um dos concorrentes ganham forma com a capacidade que este obtém em aumentar a sua produção de bens ou serviços, ou em baixar o preço praticado, sobretudo em mercados não nacionais. Assim, não deixa de ser relevante que o efeito provocado no mercado seja tão mais compreensível quanto mais eficiente for a empresa concorrente, não subsidiada, com a qual comparamos a produção, o preço e outros fatores competitivos. Não haveria outra razão racional, que não o facto de ter sido atribuído um subsídio, para que a empresa beneficiária do mesmo ultrapassasse as demais concorrentes no seu desempenho no mercado. É este o elemento chave que permite determinar, por exclusão, o impacto que o auxílio tem no jogo concorrencial.

Por outro lado, é também perante a confirmação de que a empresa beneficiária, sendo uma empresa eficiente e, como tal, produzindo até a receita marginal equivaler ao custo marginal, por consequência da atribuição do auxílio, consegue reduzir o seu custo marginal (poupança), ou consegue aumentar a sua receita marginal (aumento de rendimento), que se verifica efetivamente uma distorção da concorrência, uma vez que se altera a posição económica desse agente no mercado.

A demonstração necessária a fazer para tal avaliação será a de que o beneficiário do auxílio obteve uma vantagem competitiva artificial, a qual afetou o custo da sua produção e o preço que pratica, bem como, as suas estruturas produtivas, resultando numa distorção ao processo normal concorrencial<sup>103</sup>. É, assim, o impacto desviante do ciclo natural dos agentes no mercado que tende a caracterizar o auxílio como incompatível com as regras de livre concorrência no mercado.

A propósito dos efeitos sobre o comércio entre os Estados-Membros, o TJUE pronunciou-se no sentido de considerar que basta a demonstração de que a medida é *suscetível* de afetar o comércio, mesmo que o beneficiário não participe sequer diretamente em transações transfronteiriças<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> ZAMPETTI, A. Beviglia (1996), *The Uruguay Round Agreement on Subsidies –A forward looking assessment*.

<sup>104</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de janeiro de 2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*, C-518/13.

### **3 A evolução da noção de distorção da concorrência pela jurisprudência da União Europeia**

A jurisprudência do TJUE, desde cedo no processo de integração europeia, desenvolveu um importante papel na definição quer das políticas institucionais da União, quer da interpretação das normas do Tratado, como forma de aplicação das suas garantias individuais.

Numa primeira fase da construção europeia prevaleceu o pensamento institucional e, numa segunda fase, as instituições europeias começaram a descobrir e a utilizar de forma mais complexa a legislação comunitária como instrumento de ativismo para a concretização das suas políticas em matéria de concorrência<sup>105</sup>.

Em todo o caso, a tendência do TJUE em atuar como definidor das políticas comunitárias, especialmente no que se refere à matéria de auxílios estatais, sofreu uma considerável evolução ao longo das décadas de integração comunitária, o que é comprovado na evolução histórica de algumas das suas decisões mais exemplificativas.

#### **3.1 O caso *França vs Comissão* (C-47/69)**

Uma das primeiras questões que determinaram um entendimento da noção de distorção pelo TJUE foi a ponderação da dimensão da medida de auxílio e a sua configuração.

Tal entendimento ficou especialmente patente na decisão do caso *França vs Comissão* (C-47/69), no qual o Tribunal decidiu um recurso apresentado pelo Estado Francês de uma decisão da Comissão Europeia, que declarou incompatíveis com as disposições do Tratado e, como tal, contrárias aos princípios que regem o comércio no mercado comum, as ajudas oferecidas pelo Estado Francês à indústria têxtil nacional, sob a forma de um instrumento parafiscal.

---

<sup>105</sup> KOOPMANS, T., *The Role of Law in the Next Stage of European Integration* (1986), *International and Comparative Law Quarterly* 925 at 931.

Neste caso, foram atribuídos auxílios a nacionais franceses da indústria têxtil, cujo financiamento tinha origem no rendimento obtido por um imposto sobre os produtos concorrentes importados. A medida previa que a importância do auxílio nacional aumentava automaticamente à medida do crescimento do rendimento do imposto. O Estado Francês argumentou contra a decisão da Comissão invocando, por um lado, que as disposições do Tratado que permitem à Comissão suprimir uma medida por considerá-la incompatível com o mercado comum não permitem, contudo, modificar a base de uma forma de financiamento parafiscal destinado a essa medida.

Quanto a este primeiro fundamento, o Tribunal considerou que a competência prevista no artigo 108.º, n.º 2 do TFUE (então artigo 93.º, n.º 2) da Comissão em “*verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar*”, ao tomar em consideração a relação entre a ajuda concedida pelo Estado Membro e o modo como é financiada, permite que a Comissão avalie, também, a forma de financiamento. Por outras palavras, entendeu o Tribunal dever interpretar-se a competência funcional da Comissão extensível à forma de financiamento da medida, e apenas à qualidade da medida em si considerada, por se tratar de um elemento que, do ponto de vista da compatibilidade da medida com o Tratado, não se pode da mesma dissociar.

Assim, para se poder avaliar se uma medida afeta ou não o comércio entre os Estados-Membros, não poderão isolar-se ou ignorar-se aspetos de facto e de direito suscetíveis de determinar um desequilíbrio entre os encargos a suportar pelos beneficiários em causa e as vantagens que resultam da atribuição da medida. Todos os elementos relevantes *ex ante* ou *ex post* deverão ter-se em conta, segundo resulta do entendimento do Tribunal, sejam eles a forma de financiamento da medida, ou os seus efeitos no comércio.

O Tribunal foi ainda mais longe, considerando, inclusive, que por vezes uma medida considerada isoladamente pode não consubstanciar uma perturbação assinável ao



equilíbrio no comércio nos Estados-Membros, ainda que incompatível com o Tratado, mas que tal perturbação poderá ampliar-se significativamente considerando o seu método de financiamento, se o mesmo for contrário aos interesses do mercado comum. Assim sendo, deverá ter-se em conta todo o contexto em que a medida é executada, no sentido de não excluir fatores essenciais à análise do impacto no comércio entre os Estados-Membros. Torna-se relevante referir que a Comissão Europeia propôs a manutenção da medida de apoio, relevando as dificuldades que o setor têxtil enfrentava à época, caso o Estado removesse a discriminação decorrente da medida fiscal, o que demonstra a fonte do problema no caso em questão.

Tem-se interpretado desta apreciação do Tribunal que todos os auxílios por princípio têm efeito na concorrência e nas trocas comerciais entre os Estados-Membros, mas se tais efeitos não se considerarem substanciais, o auxílio pode admitir-se. No caso em apreço, foi o efeito cumulativo sobre a concorrência do método de financiamento do auxílio que permitiu compreender o alcance da medida e do seu efeito no comércio entre os Estados-Membros, tornando a medida incompatível com o Tratado. Assim, foi o método de financiamento em si que provocou um efeito protecionista, estimulando o efeito da medida<sup>106</sup>. Na verdade, concluir-se-á que também os auxílios indiretos deverão ter-se em conta na análise da compatibilidade das medidas adotadas pelos Estados-Membros com o Tratado. Neste caso, foi o resultado protetor que a medida considerada como um todo visava atingir que comprometeu a sua compatibilidade com o Tratado. Tal conceção, conforme a compreendeu o Tribunal, ultrapassa uma mera análise do efeito direto do auxílio, atingindo as condições das trocas comerciais de forma contrária aos interesses comuns previstos no Tratado.

Como tal, considerou o Tribunal que a Comissão Europeia, dentro dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 108.º, n.º 2 do TFUE (então artigo 93.º, n.º 2), dispunha de competência para decidir se a República Francesa deveria suprimir ou modificar o auxílio à indústria têxtil, considerando na sua análise a forma do seu financiamento.

---

<sup>106</sup> Neste sentido, LÓPEZ (2015), Juan Jorge Piernas, *ob. cit.*, p. 185.

Esta decisão do Tribunal foi paradigmática para a compreensão das noções iniciais que pautam os critérios de incompatibilidade dos auxílios com o Tratado, numa fase em que se começavam a determinar como basilares os princípios de não discriminação contra os não nacionais, ou o reconhecimento da necessidade de criar regras de *minimis* para os auxílios de Estado, considerando que, se os mesmos não forem substanciais, não terão um efeito relevante no comércio e na concorrência, não merecendo o mesmo tratamento. Sobretudo o princípio da inadmissibilidade de não discriminação entre os Estados que se encontra no espírito legislador e dos princípios constitutivos da União Europeia constituiu-se, ele próprio, um princípio fundamental na matéria dos auxílios de Estado, de resto, consistente com o texto do artigo 107.º do TFUE.

Com efeito, no primeiro período da história da integração europeia, entre 1958 e o princípio da década de 1970, a Comissão Europeia estava particularmente focada na eliminação de barreiras comerciais entre os Estados-Membros e na defesa da não discriminação por razões geográficas. A natureza particularmente política da matéria dos auxílios estatais e a relutância dos Estados-Membros na efetivação das suas regras terá, em certa medida, dificultado uma aplicação inicial mais vigorosa da política de auxílios estatais pela Comissão Europeia<sup>107</sup>. Outras prioridades menos sensíveis na autonomia financeira e económica dos Estados-Membros se sobrepuseram à averiguação empenhada das consequências dos auxílios nacionais no mercado comunitário, que veio a sofrer um crescimento gradual como prioridade nas políticas da União.

Não deixa ainda de ser relevante, a propósito deste caso, que a Comissão tenha vindo a concluir que o efeito negativo da concessão do auxílio poderia mitigar-se e, eventualmente, considerar-se compatível com o Tratado, caso o mesmo auxílio fosse atribuído também a outras entidades, nacionais e estrangeiras; por outras palavras, curiosamente, seria compatível com o Tratado, se mais auxílio fosse concedido. Por via desta consideração, vem reforçado um dos elementos essenciais definidores do conceito de auxílio estatal incompatível com o Tratado, o de ser, por princípio, discriminatório. O

---

<sup>107</sup> A este propósito, GERBER, D.J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, p. 357.

facto de o Estado-Membro gerar uma situação de discriminação positiva através da aplicação de uma medida fiscal de incentivo a uma empresa nacional provocará – como foi o caso – um desequilíbrio de tal modo significativo no regular mecanismo de incentivo das empresas a concorrer entre si, que invalida o efeito pretendido pelo artigo 107.º do TFUE<sup>108</sup>.

### 3.2 O caso *Philip Morris vs Comissão* (C-730/79)

O caso *Philip Morris* teve início no ano 1978, mediante uma comunicação do governo holandês à Comissão acerca da aprovação de uma nova legislação nacional que permitia o acesso a financiamento público de projetos de investimento que atingissem um determinado valor<sup>109</sup>. Na sequência desta comunicação, a Comissão considerou que a legislação em questão poderia constituir um sistema geral de auxílios estatais e, por essa razão, comunicou ao governo holandês que deveria notificar a Comissão sobre cada situação de aplicação de medidas concretas no âmbito deste sistema.

Um dos primeiros projetos objeto da aplicação do sistema proporcionado pela legislação em questão foi o investimento na subsidiária holandesa da fabricante de tabaco *Philip Morris*. O investimento que esta empresa pretendia iria canalizar a produção numa fábrica e traduzir-se na criação de postos de trabalho, segundo defendeu no processo. Por sua vez, a Comissão determinou que o financiamento público nesta empresa violava o artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, sendo que não poderia considerar-se compatível com o Tratado ao abrigo dos números 2 ou 3 do mesmo artigo, razão pela qual a empresa levou o caso ao Tribunal de Justiça.

A requerente arguiu que para que a Comissão pudesse decidir fundamentadamente teria, em primeiro lugar, que determinar qual o mercado relevante no caso, a fim de justificar a possível extensão da incompatibilidade da medida com o Tratado. Por outro

---

<sup>108</sup> LÓPEZ, Juan Jorge Piernas (2015), *ob. cit.*, p. 187., e caso 47/69 (1970).

<sup>109</sup> Caso *Philip Morris vs Comissão* (C-730/79), para. 3. Segundo a lei aprovada pelo governo, o investimento teria que exceder a quantia de HFL 30.000.000 e dependia do número de postos de trabalho criados.

lado, a Comissão não teve em conta, na sua decisão, o tipo de produto, o território, o período ou o tipo de mercado em questão. Foi ainda referido no processo que, caso a requerente tivesse podido completar o seu plano de investimento, passaria a ser responsável por quase 50% da produção de cigarros na Holanda e esperava exportar mais de 80% da sua produção para outros Estados-Membros. O financiamento que seria obtido através do apoio proposto pelo governo holandês seria de HFL 6.2 milhões (US dólares 2.3 milhões), correspondendo a 3,8% do capital investido. Assim, por um lado, o apoio proposto seria utilizado por um produtor com elevada capacidade de exportação e, por isso, organizado para o comércio internacional. Todavia, por outro lado, o apoio seria aplicado para a redução dos custos que a empresa teria em empreender uma reestruturação das unidades de produção, podendo constituir uma vantagem competitiva sobre outros produtores que não teriam acesso a tal financiamento para a concretização dos mesmos objetivos.

Como segundo pedido, a requerente contestou a não aplicação pela Comissão dos critérios estabelecidos no número 3 do artigo 107.º do TFUE, particularmente nas alíneas a), b) e c), criticando a visão da Comissão de que a aplicação destas derrogações apenas seria possível para a estrita realização de um dos objetivos aí identificados e que em condições normais de mercado a empresa beneficiária não conseguiria por si só realizar. Na verdade, argumentou a requerente que, ao contrário do entendimento da Comissão, a região onde se situava a fábrica era, de facto, uma zona com elevado nível de desemprego quando comparado com a média nacional.

O Tribunal decidiu que o auxílio proposto pelo governo holandês afetaria o comércio comunitário distorcendo a concorrência entre diferentes produtores estabelecidos nos Estados-Membros, referindo que numa situação em que o auxílio concedido pelo Estado fortalece a posição do particular beneficiário em detrimento dos demais concorrentes no mercado comunitário deve ser considerada incompatível com o Tratado.

O Tribunal lembrou o papel da Comissão na avaliação das derrogações ao princípio da incompatibilidade, que envolve necessariamente uma ponderação dos fatores

económicos e sociais num contexto comunitário e não nacional. Uma vez não podendo ser considerado um investimento relevante a nível comunitário, mas tão-só com impacto nacional, ainda que os elementos previstos no artigo 107.º, n.º 3 pudessem ser aplicáveis, só o seriam no contexto nacional. Atendendo a que se estava perante um projeto com importância nacional, mas não determinante para os interesses do mercado comum e que, pelo contrário, iria ser aplicado num Estado-Membro que de entre os restantes não se encontraria em situação económica tão negativa sobretudo quanto ao nível de desemprego, concluiu o Tribunal que tal medida iria contra os interesses defendidos no Tratado<sup>110</sup>.

Para a decisão neste caso, o Tribunal invocou alguns dos elementos essenciais que definem a conceção comunitária de auxílios de Estado. Desde logo, a determinação do mercado comum como o mercado relevante para aferição da (in)compatibilidade da medida concreta com o Tratado. Com efeito, a medida poderá justificar-se com base no artigo 107.º, n.º 3 do Tratado para efeitos da expansão de um determinado sector ou região de um Estado-Membro, contudo, o efeito relevante é aquele que se produz nas relações entre os Estados-Membros. Por outro lado, a propósito da referência ao mercado relevante, note-se que, ainda que possa existir uma externalidade positiva (como a exportação de produtos para os restantes Estados-Membros) decorrente do auxílio, segundo o entendimento da jurisprudência comunitária, deve a Comissão valorar a justiça na atribuição do auxílio, também ela, numa perspetiva comunitária. A existência de candidatos a semelhante benefício noutro Estado-Membro ou noutra região, potencialmente com maior carência desse apoio, poderá constituir uma limitação à compatibilidade do mesmo com o Tratado.

A decisão do Tribunal de Justiça neste caso é ainda especialmente paradigmática no seu contexto histórico. Como acima já referido, na década de 1970 a Comissão tentava fazer valer as suas políticas de controlo dos auxílios concedidos pelos Estados, num esforço de alterar os paradigmas nacionais, adaptando-os ao espírito comunitário dos Tratados e à necessidade de se afirmar o mercado comum. Neste contexto, esta decisão é

---

<sup>110</sup> Caso *Philip Morris vs Comissão* (C-730/79), para. 24 e 25.

entendida, no âmbito de outras decisões da mesma época<sup>111</sup>, como uma forma de incentivo pelo Tribunal da implementação dessas políticas pela Comissão, a ponto de permitir que a Comissão possa presumir a existência de um efeito de distorção da concorrência da hipotética ou potencial concessão de um auxílio que ainda não se efetivou. De facto, neste caso, o auxílio não tinha ainda sido concretizado, e a avaliação da Comissão baseou-se no hipotético efeito negativo que a medida, caso viesse a ser aplicada, teria no contexto do mercado comum.

Ora, este mecanismo de avaliação *ex ante* foi corroborado pelo Tribunal na sua decisão, o qual recusou a possibilidade de estar em causa uma regra de *minimis* que possibilitaria uma interpretação da desnecessidade de apreciação da medida. O Tribunal esclareceu que não é necessário provar a verificação de um efeito real da medida, bastando existir um efeito potencial sobre o comércio entre os Estados-Membros: "*Quando um auxílio financeiro estatal reforça a posição de uma empresa em comparação com outras empresas concorrentes no comércio intracomunitário, estas últimas devem ser consideradas afetadas por esse auxílio*"<sup>112</sup>.

À época, a Comissão enfrentava dificuldades em implementar junto dos Estados-Membros uma política de cumprimento da obrigação de notificação prévia à luz do artigo 108.º do TFUE, verificando-se, pelo contrário, uma tendência generalizada por parte dos Estados-Membros em contornar esta obrigação, seja pelo simples incumprimento, seja pela criação de medidas indiretas de auxílios. A este propósito, a Comissão escreveu a todos os Estados-Membros, lembrando-os da sua obrigação a este respeito e incentivando-os ao dever de comunicar a intenção de atribuir um auxílio, inclusive nas situações de concretização de um sistema geral de apoios estatais<sup>113</sup>. A posição da Comissão no caso *Philip Morris* é, por isso, representativa da abordagem da Comissão à política de controlo dos auxílios estatais iniciada nos anos 1970, fruto do atraso na implementação efetiva da execução das regras nesta matéria.

---

<sup>111</sup> Casos 120/73, 70/72, por exemplo.

<sup>112</sup> Caso *Philip Morris vs Comissão* (C-730/79), para. 11.

<sup>113</sup> Décimo Relatório sobre Política da Concorrência (1981), p. 158 e 162, nomeadamente. A carta foi publicada no Jornal Oficial (OJC 252, 30.9.1980).

### 3.3 O caso *Leeuwarder vs Comissão* (C-296/82 e 318/82)

O processo deu entrada no TJUE após a submissão de um recurso apresentado pelo governo holandês e um outro recurso apresentado pela empresa *Leeuwarder Papierwarenfabriek BV*, contra a decisão da Comissão, pela qual esta concluiu que a assistência de que beneficiou a referida empresa, sob a forma de aquisição do seu capital por um organismo público regional holandês, constituiu um auxílio de Estado incompatível com o Tratado, nos termos do artigo 107.º, n.º 1.

Se é verdade que, por um lado, a Comissão adotou uma posição mais flexível na segunda metade da década de 1970 quanto à concessão de auxílios, sobretudo por consequência dos efeitos provocados na economia europeia decorrentes da crise do petróleo<sup>114</sup>, o facto é que se verificou que os Estados-Membros passaram a utilizar, no final da década de 1970, mecanismos de financiamento público para outros fins, que não estavam diretamente relacionados com a crise do petróleo<sup>115</sup>, provocando desequilíbrios na concorrência entre os Estados-Membros.

Este caso é paradigmático do entendimento da Comissão numa segunda fase da evolução das políticas sobre auxílios de Estado. Com efeito, a sua visão mais restritiva e menos permissiva resultou numa decisão de incompatibilidade da medida com o Tratado, que veio a ser revogada pelo acórdão do Tribunal de Justiça, tornando esta decisão como a primeira na qual o Tribunal exige da Comissão que as suas decisões sejam fundamentadas com base na identificação do mercado relevante, na posição do beneficiário no mercado e no padrão das relações comerciais entre os Estados-Membros para os produtos em causa.

A Comissão argumentou que o facto de a medida ter sido aplicada por uma entidade regional não altera a sua natureza de financiamento público, entendimento esse que se

---

<sup>114</sup> Na sequência da guerra israelo-árabe em outubro de 1973, as nações produtoras de petróleo do médio oriente impuseram substanciais aumentos de preços e restringiram as vendas a certos países europeus, provocando uma crise económica por toda a Europa.

<sup>115</sup> LÓPEZ, Juan Jorge Piernas (2015), *ob. cit.*, p. 192.

encontra assente quanto à conceção da autoria da medida. Por outro lado, a Comissão referiu que a empresa beneficiada, com grande probabilidade, não teria forma de angariação de capital privado equivalente no mercado, de forma a poder sobreviver<sup>116</sup>.

No que se refere às invocadas exceções do artigo 107.º, n.º 3 do TFUE, menciona a Comissão que a previsão dessas normas especifica objetivos a serem garantidos no interesse comum e não no interesse nacional, aliás, conforme já havia sido referido no caso *Philip Morris*. Foi, pois, entendimento da Comissão, que as derrogações ao princípio geral, previstas no n.º 3 do artigo 107.º, são justificáveis sempre com alusão às necessidades do comércio no espaço comunitário, o que reforça uma visão essencial na aplicação destas exceções<sup>117</sup>.

No caso em apreço, a Comissão considerou que o governo holandês não foi capaz de demonstrar que o investimento efetuado na referida empresa se consubstanciava como uma medida de incentivo benéfica e necessária para o desenvolvimento económico a nível comunitário e, como tal, não podendo ser justificada com base no artigo 107.º, n.º 3.

Os requerentes alegaram perante o Tribunal, entre outros aspetos, que a Comissão não fundamentou de forma suficiente a sua decisão o que, embora possa classificar-se como um argumento mais de forma do que de substância, foi decisivo para que o Tribunal lhes desse razão. De facto, segundo os requerentes, a Comissão não só não aceitou a medida ao abrigo do n.º 3 do artigo 107.º, como a sua decisão padeceu de falta de fundamentação. O Tribunal de Justiça veio a dar razão aos requerentes, revogando a decisão da Comissão, entendendo que só com acesso às razões que estiveram na base da decisão recorrida, poderia apreciar convenientemente a legalidade da mesma<sup>118</sup>. Esta decisão foi inédita, porque pela primeira vez o Tribunal admitiu ser essencial que a Comissão, nas suas decisões, se refira expressamente aos elementos caracterizadores do mercado e não se baseie em considerações gerais e abstratas. Tais argumentos, de resto, já haviam sido invocados pelo requerente no caso *Philip Morris*, atrás descrito, porém, apenas no caso em apreço o Tribunal os tomou em consideração na sua decisão,

---

<sup>116</sup> Caso *Leeuwarder vs Comissão* (C-296/82 e C-318/82), para. 8.

<sup>117</sup> Caso *Leeuwarder vs Comissão* (C-296/82 e C-318/82), para. 9.

<sup>118</sup> Caso *Leeuwarder vs Comissão* (C-296/82 e C-318/82), para. 19.



afirmando que a Comissão deverá ter em consideração a situação do mercado relevante, a posição da empresa no mercado em causa e o padrão de exportação dos produtos entre os Estados-Membros<sup>119</sup>.

A posição adotada pelo Tribunal, neste caso, deu início a um novo paradigma nas decisões da primeira metade da década de 1980. Desde então, a tendência do Tribunal foi a de exigir da Comissão provas mais sólidas e fundamentação mais detalhada das suas decisões, o que levou a que nesse período muitas decisões da Comissão fossem anuladas pelo Tribunal, com base nesses fundamentos<sup>120</sup>. Esta mudança de direção por parte do Tribunal entre o caso *Philip Morris* e o caso *Leeuwarder* explica-se fundamentalmente por duas razões: a pobre fundamentação dada pela Comissão na sua decisão no caso *Leeuwarder*, coerente com o entendimento generalizado da existência de uma presunção legal da proibição de auxílios o que faria reverter o ónus da prova e, em segundo lugar, o facto de o Tribunal ter passado a adotar uma postura de maior exigência perante a Comissão nestes casos.

Este caso foi ainda relevante para uma alteração significativa na direção da política de prevenção da distorção da concorrência e para o entendimento dos objetivos por detrás das regras de auxílios estatais. Se numa primeira fase o Tribunal estava focado na necessidade de acautelar a não discriminação nas trocas comerciais entre os Estados-Membros<sup>121</sup>, numa segunda fase passou a estar mais atento à concorrência entre os setores público e privado ou, inclusive, entre entidades privadas dentro do mesmo Estado-Membro. Esta análise mais minimalista ou, possivelmente, mais individualista na averiguação da distorção da concorrência contribuiu para uma visão mais completa do significado de comércio comunitário relevante, que não se restringe exclusivamente à afetação de uma indústria inteira ou necessariamente a uma análise global da Comunidade.

---

<sup>119</sup> Caso *Leeuwarder vs Comissão* (C-296/82 e C-318/82), para. 24.

<sup>120</sup> KOOPMANS, T., *ob. cit.*

<sup>121</sup> Ver, novamente, caso *França vs Comissão* (C-47/69).

### 3.4 O caso *Boussac* (C-301/87)

Este caso resultou de um recurso interposto pela República Francesa contra uma decisão da Comissão Europeia. Em causa estaria a atribuição de um conjunto de benefícios, empréstimos com baixo custo, adiantamentos de capital e redução nas taxas de contribuições ao sistema de segurança social por parte de um organismo público francês, o Instituto de Desenvolvimento Industrial, a um produtor privado da indústria têxtil e de papel, *Boussac*. No total, *Boussac* terá recebido cerca de 99 milhões ECU (unidade monetária europeia) de ajuda, segundo a Comissão.

O caso desenrolou-se numa terceira fase da evolução da política de auxílios estatais, na sequência dos esforços da Comissão, a partir de meados dos anos 1980, em reforçar os mecanismos de cumprimento do Tratado nesta matéria. Com efeito, o caso sublinha a iniciativa da Comissão em investigar formalmente o caso por aplicação do regime previsto no artigo 108.º do TFUE, designadamente, quanto à obrigação de notificação prévia pelos Estados-Membros e as consequências do seu incumprimento. Neste caso, a Comissão conseguiu demonstrar, através de uma interpretação do Tratado corroborada pelo Tribunal, que nos casos em que o auxílio já tenha sido conferido, sem que o projeto tenha sido notificado previamente à Comissão, esta poderá aplicar uma medida de suspensão do auxílio, sem necessidade de provar o seu efeito sobre a concorrência. Atestando a importância da notificação prévia à Comissão, o Tribunal refere que, o objetivo desta obrigação é o de proporcionar à Comissão a oportunidade de rever, com suficiente antecedência e no interesse geral da União, os planos de adoção ou alteração de medidas de auxílio por parte dos Estados-Membros<sup>122</sup>.

Refere o Tribunal, a este propósito, que caso assim não fosse, não existiria nenhuma diferença quanto às consequências de atribuição de um auxílio entre os Estados-Membros que cumpriram o dever de notificar previamente a Comissão, e aqueles que incumpriram

---

<sup>122</sup> Caso *Boussac* (C-301/87), para. 1 do sumário.

este dever, o que só por si seria um desincentivo à aplicação eficaz deste mecanismo de prevenção<sup>123</sup>.

Tornou-se evidente, pela decisão do Tribunal neste caso, que a competência da Comissão vai para além da fiscalização das medidas adotadas pelos Estados-Membros na sequência de comunicação efetuada por estes. É particularmente relevante o poder que é garantido à Comissão para aplicar medidas sancionatórias quer pelo incumprimento desta obrigação, quer pela persistência na atribuição do auxílio sem verificação da sua compatibilidade com o Tratado, caso em que a Comissão poderá determinar que o destinatário da medida deva restabelecer a situação original (que poderá consistir na devolução do pagamento do subsídio já recebido). Considerou o Tribunal que a referência à necessidade de comunicação “atempada” prevista no artigo 108.º garante à Comissão o direito de poder investigar o caso num período considerável e suficiente, com informação completa e detalhada, e que tal garantia não viola os princípios gerais da segurança jurídica ou da legalidade<sup>124</sup>.

No que respeita ao direito fundamental de audição prévia do visado pela decisão da Comissão, sublinha o Tribunal que para uma decisão em conformidade com os princípios do Tratado, deve a Comissão assegurar que o Estado-Membro responsável pela medida em causa seja ouvido, sob pena de violação do seu elementar direito de defesa. Em todo o caso, para que tal violação seja suficiente para determinar a anulação da decisão, é necessário demonstrar que o cumprimento dessa regra pela Comissão – isto é, a audição do Estado-Membro – teria sido suficiente para uma alteração da decisão final<sup>125</sup>.

Resulta ainda da decisão do Tribunal, neste caso, que para efeitos de avaliação do impacto de um auxílio na concorrência, é essencial compreender quais as oportunidades que o destinatário do auxílio teria em obter equiparado financiamento no mercado de capitais privados. Neste sentido, refira-se que, conforme acima descrito quanto aos elementos que compõem o conceito de auxílio estatal, verificar a possibilidade de

---

<sup>123</sup> Caso *Boussac* (C-301/87), para. 33.

<sup>124</sup> Caso *Boussac* (C-301/87), para. 2 do sumário.

<sup>125</sup> Caso *Boussac* (C-301/87), para. 3 do sumário.

obtenção de ajuda semelhante no mercado competitivo reduz as hipóteses de incompatibilidade do mesmo com o Tratado.

O Tribunal considerou que, no caso em apreço, havia uma distorção da concorrência provocada pela medida pública, uma vez que a mesma permitiu que a empresa *Boussac* reduzisse o preço que normalmente teria que pagar pela racionalização e modernização das suas estruturas. Assim, considerou que a medida afetava o comércio entre os Estados-Membros e distorcia ou ameaçava distorcer a concorrência<sup>126</sup>.

Tal significa ainda que, por princípio, uma ajuda operacional tem um efeito distorcivo da concorrência e isenta a Comissão de apresentar provas nesse sentido. Acresce que, a elevada quantia de ajuda concedida à empresa destinatária, a qual beneficiava já de considerável dimensão, contribuiu para esse entendimento por parte do Tribunal. Aplicando uma vez mais a fórmula encontrada no caso *Philip Morris*, neste caso, bastaria que a medida parecesse ou se previsse afetar a concorrência, dispensando-se uma fundamentação quanto ao efeito real da medida.

Conclui-se, assim, que a presunção de efeito distorcivo sobre o comércio de uma medida existe, ainda que uma alteração nos custos de produção se verifique somente num caso individual, ou seja, no destinatário da medida, e não na totalidade da indústria têxtil nacional ou comunitária.

### 3.5 O caso *Tubemeuse* (C-142/87)

O caso *Tubemeuse* foi particularmente relevante para a exclusão do critério da extensão do auxílio ou da dimensão do destinatário do auxílio como fatores determinantes na decisão da sua (in)compatibilidade com o Tratado. A afirmação pelo Tribunal deste princípio permitiu desconsiderar de antemão qualquer regra de *minimis*, isto é, afirmou não existir nenhum valor ou nenhuma percentagem abaixo da qual a ajuda poderá considerar-se objetivamente irrelevante.

---

<sup>126</sup> Caso *Boussac* (C-301/87), para. 44.

O caso iniciou-se em 1984, após a notificação à Comissão pelo governo belga acerca do projeto de auxílio estatal a uma empresa belga de fabrico de tubos de aço destinados à indústria petrolífera chamada *Tubemeuse*. Este auxílio teve origem na saída de acionistas privados do capital da empresa, por consequência de dificuldades financeiras que começou a enfrentar nos anos 70, os quais foram substituídos pelo Estado Belga, que passou a deter 72% do capital social da empresa. Em 1982, a Comissão autorizou o Estado Belga a conceder um conjunto de auxílios com vista à reestruturação da empresa e ao financiamento de medidas tendentes a assegurar o seu futuro. Em suma, tal reestruturação não resultou e o Estado Belga acabou por ter de assumir a quase totalidade das ações da empresa<sup>127</sup>.

A Comissão invocou que, apesar de ter sido notificada em 1984, nos termos do disposto no artigo 108.º, n.º 3 do TFUE, da intenção do governo belga em subscrever o capital da empresa *Tubemeuse*, o governo belga concedeu o financiamento acima referido antes da conclusão do procedimento previsto no número 2 do mesmo artigo. Acresce que, o governo belga veio a confirmar que a referida empresa já havia, antes da notificação à Comissão, beneficiado de outras ajudas, sem que a Comissão tivesse sido previamente informada. No total, estava em causa o valor de 9.085 milhões de francos belgas até então, sendo que o valor aumentou para 12 mil milhões de francos belgas após novas medidas do governo<sup>128</sup>.

A Comissão concluiu que tais intervenções eram ilegais, atendendo ao manifesto incumprimento do disposto no artigo 108.º, n.º 3 do TFUE e, para além disso, eram incompatíveis com o Tratado, por aplicação do artigo 107.º, n.º 1. A Comissão ordenou ao Estado Belga que no prazo de 2 meses procedesse à revogação das medidas adotadas<sup>129</sup>.

A fundamentação da Comissão inicia-se com um primeiro argumento já explorado no caso *França vs Comissão* (C-301/87), que é o da violação do procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 3 do TFUE. A Comissão sustenta que, independentemente de outros

---

<sup>127</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 1 a 4.

<sup>128</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 5.

<sup>129</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 8.

argumentos que possam ser utilizados para tentar justificar a medida, designadamente a invocação do artigo 107.º, n.º 3, o facto de a Comissão não ter sido previamente notificada e de o Estado-Membro ter incumprido o dever de não pôr em execução as medidas projetadas antes do término de tal procedimento, é razão processualmente suficiente para anular as medidas em causa. Assim, invocando a exceção de inadmissibilidade dos fundamentos do recurso relativamente à aplicação do artigo 108.º, n.º 3 do TFUE, entendeu a Comissão que a violação do procedimento previsto nessa norma torna inútil e supérflua a análise de quaisquer outros argumentos por parte do Estado-Membro<sup>130</sup>. Ora, quanto a este primeiro argumento, declarou o Tribunal que, ao contrário do defendido pela Comissão, a violação do procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 3 do TFUE não era motivo para não avaliar a possível aplicação do n.º 3 do artigo 107.º, pelo que, quanto a este ponto, improcedeu o pedido da Comissão.

Por outro lado, é referido pela Comissão que estavam em causa medidas contrárias ao disposto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, uma vez que tais auxílios nunca seriam obtidos pela empresa destinatária em fontes regulares do mercado privado, especialmente por se tratar de uma empresa em situação de dificuldade financeira. Quanto a este ponto, o governo belga defendeu que o tipo de medidas não se poderia enquadrar no contexto do n.º 1 do artigo 107.º, porquanto o programa de reestruturação da empresa consistia não em auxílios propriamente ditos, mas antes na reação normal de um investidor, neste caso o Estado Belga, face ao risco em que se encontrava o seu capital<sup>131</sup>. Quanto a este aspeto, o Tribunal considerou irrelevante a forma que assumiu o auxílio, desde que verificadas as condições do 107.º, n.º 1, aliás, na senda da jurisprudência que vinha sendo adotada<sup>132</sup>. Ao contrário, o critério relevante, tal como sublinhado pela Comissão, é o da previsível impossibilidade de obtenção de semelhante ajuda no mercado de capitais.

Um dos pontos mais importantes deste caso prende-se com a circunstância da posição competitiva da empresa dentro e fora do mercado comunitário. O Estado Belga

---

<sup>130</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 20.

<sup>131</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 24.

<sup>132</sup> Ver, por exemplo, casos *Intermills* (C-323/82), *Recueil* 1984, *Leeuwarder Papierwarenfabriek* (C-296/82 e 318-82).

alegou que, ainda que as suas intervenções pudessem considerar-se auxílios estatais, não obstante, sempre teriam que ser considerados auxílios à exportação, atendendo que a referida empresa produzia cerca de 17% dos tubos de soldadura de todo o mercado da União, e cerca de 90% da sua produção era exportada para fora do mercado único. O Tribunal contrariou este argumento, evidenciando que, “*face à interdependência dos mercados em que operam as sociedades comunitárias, não é impossível que um auxílio possa falsear a concorrência intracomunitária, mesmo que a sociedade beneficiária exporte a quase totalidade da sua produção para fora da Comunidade. Com efeito, a exportação de uma parte da produção da empresa considerada para países terceiros apenas constitui uma das circunstâncias, entre outras, a ter em conta a este respeito*”<sup>133</sup>.

Este aspeto assume particular importância para a aceção da irrelevância da dimensão do auxílio configurada nas suas várias vertentes. De facto, nesta decisão, o Tribunal recusou o argumento da aplicação de uma regra de *minimis* como forma de isentar as medidas implementadas pelo governo belga, pugnando pela irrelevância da dimensão da medida, do seu valor económico ou da dimensão da empresa beneficiada como critérios para descartar *a priori* a hipótese da incompatibilidade da medida com o Tratado.

Acresce que, reforçando uma inclinação também verificada no caso anteriormente revisto (*Boussac*), a identificação de uma determinada categoria de auxílios conducentes a uma previsível distorção da concorrência no mercado da União facilita a demonstração desse efeito (no caso *Boussac* foram os auxílios operacionais, no presente caso foram os auxílios a empresas de uma determinada entidade em mercados com sobre-capacidade). A este respeito, uma vez mais, o Tribunal abriu a possibilidade à Comissão de aplicar critérios de presunção do efeito distorcivo no mercado da União de determinadas categoriais de medidas, permitindo uma minimização da carência de prova. A rejeição de uma regra de *minimis* nos casos de auxílios estatais foi pedida pela Comissão diversas vezes, ao contrário do que sucedeu em outras áreas, porque neste caso, tal possibilidade

---

<sup>133</sup> Caso *Tubemeuse* (C-142/87), para. 35.

permitiria aos Estados-Membros se absterem de notificar a Comissão, contornando a sua competência de fiscalização.

### 3.6 O caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98)

Contrariamente ao caso anterior, este foi o primeiro caso em que o TJUE aceitou a existência de uma regra de *minimis* como exceção ao conceito de auxílio estatal.

Neste caso, o Reino de Espanha pediu a anulação da decisão da Comissão relativa a um regime de auxílios públicos para aquisição de veículos comerciais *Plan Renove Industrial* no ano de 1995. Em causa estava um programa de bonificação de juros aplicável a créditos concedidos para a compra ou locação com opção de compra de um veículo novo comercial, destinado a facilitar a substituição dos veículos comerciais das pessoas singulares, das pequenas e médias empresas, das entidades públicas territoriais e das entidades responsáveis por serviços públicos locais. Segundo este programa, o Estado concedia um apoio que chegava a corresponder a 70% do preço de compra do veículo, excluindo o IVA. Tal bonificação era concedida na condição de ser retirado de circulação um veículo comercial com mais de 10 anos, ou mais de 7 anos para os tratores rodoviários, mediante o preenchimento de determinadas condições<sup>134</sup>.

O Estado Espanhol não notificou previamente a Comissão deste projeto, por entender não estar em causa um auxílio estatal. Na verdade, a Comissão teve conhecimento do mesmo através da imprensa, prosseguindo em seguida com vários pedidos de informação às autoridades espanholas.

Em primeiro lugar, no que respeita às bonificações atribuídas a entidades públicas, a Comissão considerou desde logo não consistirem em auxílios de Estado, por não afetarem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, sobretudo por se tratarem de não profissionais do setor dos transportes, que exercem as suas atividades à escala local ou regional e por não existiam alternativas viáveis<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98), para. 2 e 3.

<sup>135</sup> Caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98), para. 8.



Diferentemente, no que respeita aos auxílios aplicados a favor de privados, sejam pessoas singulares ou coletivas, entendeu a Comissão constituírem auxílios de Estado incompatíveis com as regras do Tratado.

Com efeito, sublinhou a Comissão que os beneficiários destes auxílios concorrem com outras empresas estabelecidas em Espanha e nos restantes Estados-Membros, as quais não podem beneficiar de tal apoio financeiro. O Estado Espanhol havia invocado que a medida se justificava por visar prosseguir objetivos de proteção ambiental. Todavia, segundo a Comissão, também não podem os auxílios concedidos beneficiar de alguma das derrogações previstas no n.º 3 do artigo 107.º do TFUE. Por um lado, invoca a Comissão que o enquadramento comunitário dos auxílios de Estado para a proteção ambiental apenas prevê a possibilidade de concessão de auxílios para favorecimento de ações que ultrapassem o que exigem as imposições legais em matéria de ambiente, e não para promover o cumprimento da lei<sup>136</sup>. Por outro lado, a regra *de minimis*, segunda a qual os auxílios de reduzida importância não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 107.º do TFUE, não é aplicável ao setor dos transportes.

O Tribunal recordou que, como já havia decidido em outros casos, o montante reduzido do auxílio não impede *a priori* que as trocas comerciais entre os Estados-Membros sejam afetadas. Todavia, a Comissão não poderia ignorar o enquadramento comunitário dos auxílios de Estado às PME, às quais se aplicam regras de *minimis*, excluindo os montantes de ajuda às mesmas da previsão dos artigos 107.º e 108.º do TFUE. Neste caso, segundo entendimento do Tribunal, seriam aplicáveis as regras respeitantes a auxílios concedidos a pessoas singulares e PME, que se consagram a atividades diferentes das atividades de transporte, e cujo montante seja inferior ao limite de *minimis* fixado nos enquadramentos e comunicações da Comissão em vigor na data da concessão desses auxílios<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98), para. 13 e JO 1994, C-72, p. 3.

<sup>137</sup> Caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98), para. 54.

Como acima já referido, a regra de *minimis* teve como objetivo proporcionar um standard mínimo de compatibilidade com o Tratado, de forma a que a Comissão pudesse concentrar-se nos casos realmente importantes.

### 3.7 O caso *WAM* (C-494/06)

O caso *WAM* foi o primeiro caso que o TJUE considerou enquadrar-se no conceito de auxílios de Estado um benefício ou isenção fiscal a favor de alguns contribuintes, atendendo a que desempenham uma atividade económica concorrencial a outros, dentro do espaço económico da União. Tais auxílios foram considerados pelo Tribunal como sendo, por princípio, incompatíveis, presumindo-se que afetam a concorrência e o comércio entre os Estados-Membros.

Este caso iniciou-se em 1999 com uma queixa apresentada à Comissão por um concorrente contra a empresa *WAM Engineering Ltd*, por alegadamente esta ser beneficiária de auxílios prestados pelo governo italiano, sob a forma de empréstimos com o fim de facilitar a exportação de produtos para a China. Na queixa apresentada, o denunciante afirmava que a empresa em causa conseguia vender a um terço do preço alguns dos seus produtos, graças ao financiamento do Estado. A investigação da Comissão durou até ao ano de 2004, tendo esta decidido contra a posição da *WAM*.

Abordando os argumentos apresentados pela Comissão, sobretudo o entendimento de que o auxílio tinha como objetivo a exportação para fora da União, o Tribunal considerou, contudo, que não poderia haver uma interpretação precipitada quanto a essa questão, não bastando que a Comissão se limitasse a presumir que o auxílio não era permitido. O Tribunal entendeu que o facto de o auxílio não estar diretamente relacionado com a atividade económica da empresa beneficiária no mercado europeu, mas servir para financiar uma atividade de exportação para fora do mercado europeu e, ainda, tendo em conta que o valor do auxílio era relativamente baixo, tal resultaria num efeito não imediato

na concorrência dentro do mercado, razão pela qual, seria essencial que a análise da Comissão fosse mais exaustiva e a decisão melhor fundamentada<sup>138</sup>.

Deste caso resultou que o Tribunal rejeitou a aplicação automática da presunção de exclusão da aplicação do Tratado a auxílios destinados a mercados terceiros. Por outro lado, sublinha-se também a exigência de análise mais profunda que o Tribunal impôs sobre a Comissão.

Dois aspetos referidos ainda neste caso tornam-no muito relevante para a análise da matéria de auxílios de Estado: em primeiro lugar, o objeto em análise debruça-se sobre um auxílio fiscal e a noção do seu efeito no comércio; em segundo lugar, o facto de o Tribunal dispensar uma análise do impacto económico para a definição de auxílio de Estado. Quanto ao primeiro aspeto, a Comissão debateu-se constantemente, sobretudo nos últimos anos, contra a concessão de auxílios através de mecanismos fiscais, considerando que entre os anos 2009 a 2011 cerca de 40% da totalidade de auxílios concedidos pelos Estados-Membros não relacionados com a crise financeira foram benefícios fiscais<sup>139</sup>.

Assume particular importância o facto de, apesar do acima referido quanto à preocupação no combate a estas medidas, não poder ser presumido que a forma assumida pelo auxílio, seja um benefício fiscal ou outra, releve para se considerar ou desconsiderar contrário ao Tratado. Como já descrito no capítulo acerca dos elementos do conceito de auxílio estatal, este não tem uma forma particular, ou uma especial técnica regulatória, para poder ser considerado contrário ao Tratado.

---

<sup>138</sup> Caso *Plan Renove Industrial* (C-351/98), para. 62.

<sup>139</sup> LÓPEZ, Juan Jorge Piernas (2015), *ob. cit.*, p. 211.

## **V Uma visão económica dos auxílios de Estado**

### **1 Noções gerais**

Contrariamente ao que se verifica em outras áreas do direito europeu, a matéria dos auxílios de Estado tem resistido, desde o Tratado de Roma, à sujeição da análise económica, o que só veio a alterar-se recentemente.

Na verdade, tal desenvolvimento tardio poderá justificar-se pelo facto de, ao contrário do que sucede com outras áreas da política de concorrência, o controlo dos auxílios de Estado não se baseia, nem pode basear-se, em considerações meramente económicas, ou em razões de eficiência económica. Como acima já referido, outras razões de interesse público, diferentes da concorrência, poderão ser consideradas de importância superior e, por isso, justificar-se em prejuízo da concorrência. Por exemplo, objetivos de equidade e de justiça social, designadamente, na política fiscal.

Acresce que a complexidade das matérias que podem estar em causa no controlo dos auxílios de Estado e as diversas relações económicas muito específicas existentes entre os Estados-Membros criam fortes dificuldades a uma abordagem económica, sobretudo na aplicação de instrumentos de avaliação do impacto das medidas.

Só em anos mais recentes começou a ser introduzida uma visão com maior pendor económico na análise da compatibilidade das medidas de auxílio com o Tratado, com a utilização gradual de conceitos e fundamentos de natureza económica nas decisões tomadas. Um passo assinalável neste desenvolvimento foi a adoção pela Comissão do Plano de Ação para os Auxílios de Estado (SAAP) em 2005, já acima mencionado.

Do ponto de vista económico, existem vários argumentos a favor do controlo dos auxílios de Estado. Desde logo, pela conceção da “*política comercial estratégica*” (“*strategic trade policy*”), a qual demonstra que apoiar indústrias ou empresas nacionais afeta a posição competitiva dessas indústrias ou dessas empresas, em comparação com as correspondentes indústrias ou setores em outros Estados-Membros. Tal explica-se pelo facto de, pese embora pareça existir um incentivo a que os Estados favoreçam a indústria

doméstica, por conferirem uma vantagem competitiva a uma empresa nacional que concorre no mesmo mercado, a verdade é que a mais-valia (ou a situação de bem-estar) que poderia advir para a economia nacional decorrente dessa vantagem competitiva só resultaria se os restantes Estados-Membros não concedessem, eles próprios, quaisquer auxílios às suas empresas nacionais. Tal acontecendo, isto é, partindo do princípio de que outros Estados conferem semelhantes vantagens, o bem-estar diminuirá em todos os Estados, por via dos efeitos negativos consequentes da atribuição dos auxílios. Assim, tal como acontece na situação do *dilema do prisioneiro*<sup>140</sup>, todos beneficiam mais se ninguém conceder auxílios. Ou, por outras palavras, a falta de coordenação entre os Estados-Membros quanto à (não) concessão de auxílios poderá levar a que cada um pague mais do que aquilo que seria efetivamente necessário caso estivessem coordenados entre si. Assim, concluir-se-á que, do ponto de vista puramente económico, o controlo na concessão de auxílios estatais beneficiará generalizadamente todos os Estados<sup>141</sup>.

Outro argumento económico poderá ser invocado no sentido de defender o controlo dos auxílios: o argumento das “*restrições orçamentais atenuadas*” (“*soft budget constraints*”), apresentado pela primeira vez por Janos Kornai<sup>142</sup>. De acordo com esta teoria, um Estado, ao não se comprometer com um orçamento previamente fixado e, antes pelo contrário, colmatar problemas orçamentais através de financiamentos extraordinários, manifesta a possibilidade de poder sempre garantir medidas de apoio adicionais, caso o orçamento inicial se verifique ser insuficiente. Neste sentido, o Estado dá um sinal ao mercado da atenuação de possíveis constrangimentos orçamentais futuros, que serão garantidos pelo próprio Estado. Tal atuação tem, do ponto de vista económico, um efeito adverso sobre as empresas, que passam a ter menor incentivo a competir, por saberem que o risco de falharem poderá vir a ser suprimido pelo Estado. As empresas terão menos incentivos a serem eficientes e passarão a incorporar nas suas escolhas a

<sup>140</sup> BOLTON e OCKENFELS (2000), *ERC: A Theory of Equity, Reciprocity, and Competition*, The American Economic Review, Vol. 90, n.º. 1.

<sup>141</sup> Ver BASEDOW, J., WURMNEST, W. (editores) (2011), *Structure and Effects in EU Competition Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid*, International Competition Law Series, Wolters Kluwer Law & Business, p. 165.

<sup>142</sup> KORNAI, J. (1980), *The Soft Budget Constraint*, Kylos.

opção por riscos mais elevados, o que potencia maior instabilidade no normal funcionamento do mercado. Ora, tal atuação tende a criar a impressão da existência de um compromisso junto das empresas nacionais, que não corresponderá à realidade, pois além de não ser desejável, os Estados não teriam meios para absorver todas as consequências negativas da ausência de concorrência no mercado<sup>143</sup>. Assim, o controlo dos auxílios de Estado assegura que quer os Estados-Membros, quer as empresas, não criem incentivos à não concorrência plena.

Após a adoção do SAAP pela Comissão Europeia, a abordagem económica dos auxílios de Estado modificou-se. Foram criados critérios de natureza económica para avaliar a legalidade dos auxílios. Assim, foi estabelecido que os auxílios deveriam preferencialmente ser aplicados para corrigir possíveis falhas de mercado. Na verdade, é de entendimento generalizado que se o mercado falha e não produz eficientemente, o Estado poderá intervir para corrigir essa situação. O plano SAAP descreve um conjunto de situações que poderão corresponder a falhas de mercado suscetíveis de correção pelos Estados-Membros, como a existência de assimetrias de informação.

Ora, apesar da recente evolução na avaliação económica das medidas, a verdade é que a perspetiva económica continua a ser relativamente desconsiderada nas decisões sobre auxílios de Estado. Para além dos aspetos já referidos, tal situação também se explica pelo facto de ser o Tribunal de Justiça a entidade que, em última análise, decide sobre a aplicação do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado, e não a Comissão<sup>144</sup>. Neste sentido, ainda que a Comissão aprove critérios de avaliação económica das medidas e sustente as suas decisões com fundamentos em teoria económica ou pelo impacto económico das medidas, a verdade é que se admitirá que o Tribunal não terá necessariamente nem a mesma visão, nem os meios para o poder realizar. Em todo o caso, naturalmente que o Tribunal tem em conta nas suas decisões uma análise do contexto e impacto económico, ainda que menos aprofundada do que pretenderia a Comissão no SAAP.

---

<sup>143</sup> Ainda neste sentido, BASEDOW, J., WURMNEST, W. (editores) (2011), *ob. cit.*, p. 165.

<sup>144</sup> Ainda neste sentido, BASEDOW, J., WURMNEST, W. (editores) (2011), *ob. cit.*, p. 213.

Apesar do referido, note-se que existe uma exceção à possibilidade de o Tribunal de Justiça desconsiderar a análise económica da medida, que ocorre em casos que envolvem uma excecional complexidade de avaliação económica. Um caso paradigmático desta situação é o caso *Bélgica vs Comissão* (C-56/93), que veio posteriormente a definir uma corrente jurisprudencial verificada em outros casos posteriores, como no caso *Valmont Nederland BV vs Comissão* (CT-274/01). Ora, naquele caso, o Tribunal de Justiça exigiu que a Comissão fundamentasse a sua decisão, fazendo prova da diferença de preço praticado naquele momento com o preço de mercado. O Tribunal declarou que a Comissão não estava dispensada de fundamentar a decisão com recurso a análise económica, que se revelava essencial naquele caso.

No que respeita especificamente à análise dos efeitos dos auxílios sobre a concorrência, verifica-se que alguns economistas têm apelado a que a Comissão aplique mais critérios de natureza económica para a averiguação da distorção da concorrência no mercado provocada pelos auxílios de Estado e para a demonstração de que o comércio entre os Estados-Membros é afetado<sup>145</sup>. Quanto a este aspeto, note-se que a Comissão está vinculada nas suas decisões à obrigação de exposição e fundamentação do caso. A Comissão deve apresentar de forma clara e suficiente os factos em causa e a expor as considerações legais essenciais, permitindo aos intervenientes no processo e ao Tribunal compreender a sua visão e as razões da sua decisão<sup>146</sup>.

Em suma, apesar dos recentes esforços para serem aplicados critérios económicos nas decisões sobre auxílios de forma mais frequente e consistente, com recurso a quantificação que demonstre o efetivo prejuízo para a concorrência e para a própria economia comunitária, a verdade é que tal exigência sempre dependerá do Tribunal de Justiça e das necessidades requeridas pelo caso concreto.

---

<sup>145</sup> BASEDOW, J., WURMNEST, W. (editores) (2011), *ob. cit.*, p. 216. Refere a publicação da *German Monopolies Commission*, “*The More Economic Approach in European State Aid Control – Translated Version of Chapter VI of the Biennial Report 2006/ 2007 (Bonn, 2008)*”, para 122.”

<sup>146</sup> Assim, por exemplo, caso *Ter Lembeek International NV vs Comissão* (T-217/02).

## 2 Os auxílios de Estado durante a crise financeira: um caso de estudo

### 2.1 *O contexto político e económico*

Particularmente entre os anos 2008 e 2009, a Europa sofreu uma intensa crise financeira, que afetou de forma generalizada todo o sistema financeiro dos Estados-Membros. A falta de confiança dos consumidores nas instituições financeiras, decorrente de falta gradual de liquidez e de ativos bancários, dificultou gravemente a capacidade de financiamento quer dos cidadãos e empresas, quer das próprias instituições diretamente afetadas, promovendo uma situação de rutura de tal forma grave que provocou a falência ou a quase falência de várias instituições bancárias na Europa.

A crise económica, desencadeada pelo colapso do setor imobiliário americano de 2007, atingiu o ponto decisivo em setembro de 2008<sup>147</sup>, momento a partir do qual caíram abruptamente os preços das ações das empresas cotada em bolsa, diminuiu drasticamente o consumo e o investimento e aumentou o incumprimento dos particulares, incapazes de suportar os créditos que haviam contraído nos anos precedentes. Com efeito, a crise do setor financeiro depressa se tornou numa crise económica generalizada, por força do efeito sistémico que o colapso no sistema bancário provoca na economia. O preço das ações rapidamente caiu, a liquidez dos bancos desapareceu e a recessão no interior da zona euro fez sentir-se em consequência da dificuldade que os bancos nacionais enfrentaram em obter financiamento.

Historicamente, em períodos de crise financeira, os Estados tendem a suprimir mais acentuadamente as regras da concorrência e a conceder um maior volume de ajudas às empresas em dificuldade. Tal prática cria maiores dificuldades na retoma do normal funcionamento dos mercados, provocando também maior instabilidade e incerteza nas entidades envolvidas, quer sejam empresas, investidores, contribuintes, consumidores ou trabalhadores<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Coincidente com o colapso do quarto maior banco de investimento americano, Lehman Brothers, em setembro de 2008.

<sup>148</sup> Ver análise da Comissão Europeia em <http://ec.europa.eu/competition/recovery/index.html>.



Muitas medidas foram adotadas através de mecanismos legais urgentes, mediante a invocação de circunstâncias excepcionais, de modo a permitir uma atuação rápida pelos Estados-Membros, em especial no que se refere à emergência financeira do setor bancário.

Simultaneamente a tais exigências no auxílio a empresas no contexto da crise económica, cresceu também a pressão sobre os orçamentos dos Estados-Membros em corresponder, com meios cada vez mais escassos, a políticas de austeridade e à consolidação orçamental, provocando um esforço redobrado das finanças públicas dos Estados-Membros.

## *2.2 A política de auxílios de Estado durante a crise*

Com efeito, por consequência da crise económica e financeira que se desenvolveu em 2008 e nos anos seguintes na Europa, o grau de excecionalidade na adoção de medidas públicas de auxílio a particulares parece ter-se alterado, sendo de esperar que mais medidas sejam concedidas a entidades que delas possam beneficiar, desde que ainda cumpram os requisitos previstos no TFUE. Não se retira por conclusão que os requisitos sofreram uma alteração conceptual, mas antes, que a Comissão Europeia registou um acréscimo significativo de notificações de concessão de auxílios, por consequência de os Estados-Membros se virem confrontados com a necessidade de recurso a medidas intervencionistas sobretudo no setor financeiro<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Entre 1 de outubro de 2008 e 1 de outubro de 2014, a Comissão registou mais de 450 decisões de autorização de auxílios estatais ao sector financeiro. A maior parte destes auxílios representava garantias sobre as responsabilidades. No entanto, os Estados-Membros não utilizaram ou implementaram de facto todo o auxílio aprovado. As garantias e outras formas de apoio à liquidez atingiu o seu pico em 2009. A intensidade da crise diminuiu em muitos países da UE uma vez que, o saldo de apoio à liquidez diminuiu significativamente em 2013.

Entre 1 de outubro de 2008 e 1 de outubro de 2014, a Comissão autorizou a concessão de auxílios no valor total de EUR 892.6 biliões (29,8% do PIB da UE em 2013) para garantias sobre as responsabilidades. Isso ajudou a estabelecer a confiança nos mercados financeiros, enquanto as instituições financeiras têm efetivamente utilizado menos de um quarto do montante aprovado. O montante em dívida atingiu o pico em 2009 de EUR 835.8 biliões (6,39 % do PIB da UE 2013), e tem diminuído desde então. Em 2013, as garantias pendentes totalizaram o montante de EUR 352.3 biliões (2,7% do PIB da UE 2013).

Ver em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/financial\\_economic\\_crisis\\_aid\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/financial_economic_crisis_aid_en.html).

Especialmente sensível neste período foi o tratamento pela Comissão Europeia das medidas de apoio financeiro ao setor bancário, que redefiniu como prioritária a estabilidade no setor financeiro para a solidez dos mercados e das finanças públicas, o que necessariamente redirecionou a intervenção do Estado na economia. As diversas comunicações emitidas pela Comissão entre 2008 e 2013 revelam a forte preocupação neste setor, que foi especialmente abrangido por medidas de apoio público, consideradas excecionais, quer pela relevância estrutural e vulnerabilidade do setor, quer pela persistente tensão provocada nos mercados da dívida soberana<sup>150</sup>.

Todavia, a preocupação de manter a excecionalidade na atribuição das medidas, recorrendo à avaliação simultânea e paradoxal da emergência e do grau do impacto sobre a concorrência, levou a Comissão a adotar uma visão estratégica, que embora avaliando caso a caso os respetivos planos de reestruturação e medidas de apoio, definiu como prioritária a estabilidade do setor financeiro, que se refletiu na produção de legislação conducente à uniformização de regras e procedimentos neste setor estruturante da economia dos Estados-Membros<sup>151</sup>.

No período entre outubro de 2008 e meados de 2009, a Comissão Europeia aprovou um número muito elevado de garantias a empréstimos e de esquemas de recapitalização de bancos e outras entidades financeiras europeias. No total, durante o referido período de 2008 e 2009, as medidas que cobriram garantias de empréstimos ascenderam à quantia de 2.9 triliões de Euros, e o valor total de fundos destinados a medidas de recapitalização ascendeu a 313 biliões de Euros<sup>152</sup>. No ano de 2010, a Comissão registou um desembolso dos Estados-Membros com auxílios ao setor financeiro de € 1.18 triliões, o que corresponde a 9,6% do PIB da União Europeia<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Ver Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira (Comunicação sobre o Setor Bancário) (2013/C-216/01), em Jornal Oficial da União Europeia de 30.07.2013.

<sup>151</sup> Sendo ilustrativa da preocupação de estabilidade neste setor a criação da União Bancária Europeia e a aplicação progressiva dos mecanismos únicos de supervisão e de resolução para as instituições de crédito.

<sup>152</sup> Comissão Europeia, “*DG Competition review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis*” (7 de Agosto de 2009).

<sup>153</sup> CRISCUOLO, Chiara, e outros (2012), *The Causal Effects of an Industrial Policy*, NBER working paper series, , em <http://www.nber.org>.

No total, entre 2008 e 2016, foram aprovadas medidas de apoio ao setor bancário no total de 1.433,7 biliões de Euros para a recapitalização e medidas de ativos depreciados e no total de 3.611,3 biliões de Euros para a concessão de garantias e outras medidas de liquidez<sup>154</sup>. Estes valores foram gastos em medidas urgentes de salvação de bancos nacionais, com o objetivo imediato de proteção dos depositantes.

A Comissão definiu três princípios primordiais, que deverão estar na base da execução de medidas estatais que protejam empresas em dificuldades financeiras: (i) o restabelecimento da viabilidade da empresa a longo prazo, após a conclusão da ajuda do Estado; (ii) a medida deve distorcer o menos possível a concorrência; e (iii) deve assegurar uma partilha de responsabilidades com a empresa beneficiária, que deve contribuir para a sua reestruturação com meios próprios.

No seu Guia sobre Auxílios de Estado para Resgate e Reestruturação de Empresas em Dificuldade de 2004<sup>155</sup>, a Comissão identificou algumas razões para a intervenção do Estado, com vista a salvar empresas em dificuldades, entre as quais, a adoção de políticas sociais ou regionais, a necessidade de proteger e incentivar o crescimento das PME ou a opção política em salvaguardar a estrutura de determinado mercado competitivo, por existir o risco de constituição de uma situação de monopólio ou de oligopólio.

Com efeito, este particular tipo de apoios estatais enquadra-se nas situações visadas pelos números 2 e 3 do artigo 107.º do Tratado, na medida em que se configuram como situações excecionais de concessão de auxílios de Estado. São, pois, situações de excecional necessidade de intervenção, ou porque a ajuda impulsionará determinado setor estratégico, ou porque a não intervenção iria provocar um maior dano para a economia e, no limite, para a livre concorrência no mercado, do que a intervenção estatal.

O carácter temporário desta intervenção é, tal como acontece nas restantes medidas estatais permitidas pelo Tratado e pelos Regulamentos, um dos aspetos que melhor defende o restabelecimento da situação normal do mercado, aquando do término da intervenção. Muitas vezes acontece que a intervenção não visa salvar a empresa do

---

<sup>154</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

<sup>155</sup> Guia sobre Auxílios de Estado para Resgate e Reestruturação de Empresas em Dificuldade, 2004, Comissão Europeia.

encerramento, mas antes, conceder meios para que a sua liquidação se efetue com o menor custo possível para si e para os utilizadores do serviço. Naturalmente que não se podem considerar as medidas que artificialmente mantenham uma empresa que não tem qualquer viabilidade ou interesse económico estratégico, uma vez que os custos de tal intervenção seriam desproporcionalmente superiores à sua saída do mercado. Tal avaliação é, de resto, efetuada nos termos já acima referidos, cujo impacto relevante no tempo se verifica ao momento da concessão do apoio, e não *a posteriori*.

Ora, a determinação pelo que se possa designar como empresa de interesse estratégico, ou cuja salvação é essencial para a economia do Estado-Membro implica, antes de mais, uma consideração política, atento o contexto que a cada momento se impõe. Por isso, este tipo de apoios é decisivamente intrusivo do comportamento normal do mercado e geralmente implica a decisão política de salvaguarda de interesses superiores, como a manutenção de postos de trabalho ou a radicação de populações no interior do país ou em zonas desertificadas. Os princípios estruturais que por regra fundamentam estas decisões encontram acolhimento em normas constitucionais e nos direitos fundamentais, a cuja defesa, a favor dos cidadãos, está vinculado o Estado.

O contexto económico vivido do período da crise financeira no seio da União proporcionou que alguns setores económicos antes viáveis e prósperos, se encontrassem em dificuldades, como é o caso do setor bancário. A crise financeira especialmente agravada nos anos 2008 e 2009 conduziu a uma elevada instabilidade nos mercados financeiros e à falência de bancos nacionais, com a consequente criação de riscos sistémicos.

A fim de salvaguardar a economia nacional e da União, neste período muitos Estados-Membros procederam ao resgate de bancos em iminência de falir, operando uma intervenção direta estatal, que se traduziu em injeção de capital e financiamento, ou na nacionalização do capital. Mais do que nunca, as decisões políticas que se traduziram na concessão destes apoios públicos vieram a repercutir-se no normal funcionamento dos mercados envolvidos, atenta a forte intervenção do Estado que, caso não existisse, teria como provável consequência a saída do mercado de inúmeras instituições financeiras.

A Comissão Europeia foi dando resposta às crescentes necessidades de estruturação deste tipo de auxílios circunstanciais e resultantes de uma crise económica generalizada. Por outro lado, têm sido dados importantes passos para a criação de um sistema que proporcione aos Estados-Membros e aos órgãos comunitários uma resposta mais eficaz e menos onerosa em crises futuras, o que se pretende alcançar, designadamente, com a União Bancária Europeia, os instrumentos então criados (o Mecanismo Único de Supervisão e o Mecanismo Único de Resolução) e o reforço das competências próprias do Banco Central Europeu em matéria de supervisão bancária, quanto às principais instituições bancárias da União. Com estes mecanismos pretende-se sobretudo consolidar o papel dos órgãos europeus na prevenção de catástrofes financeiras similares àquela que se verificou em 2008 e, caso ocorram no futuro, seja possível transferir a maior fatia do risco para os acionistas dos bancos em crise, protegendo os depositantes e os contribuintes.

Em maio de 2012 foi publicada a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a *Modernização da política da União Europeia no domínio dos auxílios estatais*<sup>156</sup>, enquadrada no programa estratégico Europa 2020<sup>157</sup>. Nela encontram-se definidas as prioridades na retoma de níveis estáveis de emprego e crescimento, através da consolidação de uma economia europeia mais sustentável.

Os auxílios estatais desempenham agora e desempenharão no futuro um papel essencial na concretização desses objetivos, como instrumentos para, designadamente: (i) promover o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial; (ii) centrar o controlo *ex ante* da Comissão nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados-Membros

---

<sup>156</sup> Ver em <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>157</sup> “A estratégia Europa 2020 é a estratégia da UE para o crescimento e o emprego para a década em curso, colocando a tónica no crescimento inteligente, sustentável e inclusivo como forma de superar as deficiências estruturais da economia europeia, melhorar a sua competitividade e produtividade e assegurar uma economia social de mercado sustentável.”. Ver em [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy\\_pt](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pt).

para efeitos de aplicação da legislação no domínio dos auxílios estatais; (iii) simplificar as regras e acelerar o processo de tomada de decisões<sup>158</sup>.

Os auxílios de Estado podem, efetivamente, traduzir-se num benefício à economia, caso sejam utilizados de forma eficiente e em pleno cumprimento com as normas comunitárias, especialmente no fomento da inovação, tecnologia e sustentabilidade ecológica. Por outro lado, um uso eficiente deste mecanismo proporcionará uma maior proteção às finanças dos Estados-Membros e uma moderação controlada na despesa pública, para que os recursos dos Estados sejam investidos em setores estratégicos com vista ao crescimento económico.

O papel das instituições europeias como forma de regular de modo mais rigoroso a atribuição dos auxílios estatais tem sido apontado como um dos caminhos para o uso mais criterioso das finanças públicas dos Estados-Membros. Não só através de mecanismos de prevenção de novas situações de crise, como também através da criação de estruturas mais céleres e eficazes na resposta a situações de crise, caso os mecanismos de prevenção não sejam suficientes para evitar novos episódios de colapso no sistema financeiro.

A crise financeira veio lançar importantes desafios quer para as instituições europeias, quer para as relações políticas, económicas e institucionais destas com os Estados-Membros, que viram crescer no seu seio fortes movimentos antieuropeístas, eurocéticos e nacionalistas, motivando uma crise política e institucional generalizada. Tal contexto é também propício ao aproveitamento pelas empresas em dificuldade, que tentam lucrar com as ajudas estatais para ultrapassar dificuldades financeiras que não tiveram origem na crise. Por outro lado, alguns Estados podem ver-se tentados a subtrair fortemente a concorrência em determinados setores, incrementando o volume de auxílios concedidos, sem uma ponderação devida sobre os efeitos que os mesmos trarão no futuro.

Importa ter presente que o que está verdadeiramente em causa já não é apenas a concorrência entre empresas individualmente consideradas, mas as economias nacionais. Tais fatores contribuem para que a Comissão eleve o controlo sobre os auxílios

---

<sup>158</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais”. Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html).

concedidos pelos Estados, ainda que caiba a estes, em primeira linha, a decisão de os aplicar, o que ocorreu desde logo e de forma urgente quanto às medidas a adotar para o setor bancário, consideradas prioritárias em 2008 e 2009<sup>159</sup>.

A modernização das regras sobre auxílios estatais, preconizada pela Comissão nas suas linhas orientadoras de 2012<sup>160</sup>, indicia a necessidade de atribuir um maior nível de responsabilidade aos Estados-Membros, associada à desburocratização de procedimentos e a ampliação do leque de medidas isentas de notificação prévia. Tal alteração de paradigma visou sobretudo a criação de uma melhor cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros, e de um compromisso de confiança entre as várias entidades envolvidas.

Se por um lado, a descentralização das competências de fiscalização sobre a aplicação das regras de auxílios de Estado parece ser benéfica e um objetivo a prosseguir para uma melhor utilização de bens e diminuição de custos administrativos, por outro lado, tal implica permitir que sejam os Estados-Membros a, por regra, tomar a decisão de concessão do auxílio, com pouco controlo prévio pela Comissão. Este equilíbrio de forças é fundamental para a construção de um sistema mais equitativo, concorrencial e rigoroso.

Face às circunstâncias motivadas pela crise, a Comissão vem adotando um papel cada vez mais ativo no que concerne às questões de concorrência, tendo passado de um mero regulador para um interveniente nos destinos económicos da União, usando mecanismos cada vez mais céleres e de avaliação contínua. O maior desafio que se apresenta no futuro à Comissão, aos Tribunais e aos Estados-Membros no que respeita à concessão de auxílios estatais será a adequação das iniciativas e dos compromissos alcançados no período de crise económica a períodos de pós-crise e de estabilidade

---

<sup>159</sup> Comunicação da Comissão sobre a Aplicação das regras sobre os auxílios do Estado a medidas relacionadas com as instituições financeiras, no contexto da atual crise financeira global, outubro de 2008; Comunicação da Comissão sobre a Recapitalização das instituições financeiras na atual crise financeira, dezembro de 2008; Comunicação da Comissão sobre o Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica, de dezembro de 2008; Comunicação da Comissão sobre o Tratamento dos ativos depreciados no sector bancário da Comunidade, de fevereiro de 2009.

<sup>160</sup> Comunicação da Comissão sobre a Modernização dos Auxílios do Estado na União Europeia, de 2012. Em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html).

económica, o que será decisivo para que os auxílios se mantenham compatíveis com o princípio económico fundamental que está na génese da criação da União Europeia: a livre concorrência.

### *2.3 O caso do setor bancário*

#### *2.3.1 As medidas aplicadas pelos Estados-Membros para fazerem face à crise do setor bancário*

Conforme acima referido, durante a crise iniciada em 2008, os Estados-Membros tentaram proteger o sistema financeiro do colapso, para tal, utilizando vários mecanismos de ajuda pública, desde o resgate de bancos em situação de falência iminente, nacionalizações, ou assunção de dívida ou financiamento de garantias. Dada a fragilidade do sistema financeiro e a sua importância para a sustentabilidade de toda a economia, os auxílios estatais concedidos sob esse propósito, como vimos, excederam em número e valores os auxílios que numa situação normal, não seriam aceitáveis pela Comissão. Na verdade, não se terá tratado, necessariamente, de uma alteração conceptual ou de uma mudança de paradigma na aplicação dos critérios impostos pelo Tratado, quer quanto à declaração de incompatibilidade (artigo 107.º, n.º 1 do TFUE), quer quanto à verificação de uma situação de exceção justificável à luz de outros interesses superiores (artigo 107.º, números 2 e 3 do TFUE).

Na verdade, a flexibilização quer da Comissão quer dos Tribunais nesta época entender-se-á por circunstancial. Foram as circunstâncias excecionais da situação financeira dos Estados-Membros, ela própria conduzindo a um comprometimento institucional e político da União que permitiu uma nova postura sobre as políticas de auxílios dos Estados, não concedendo, como se comprova pela arguição utilizada nos anos recentes pela Comissão, uma prorrogação de tais fundamentos relacionados com a crise financeira por parte dos Estados como forma de contornarem os mecanismos de controlo dos auxílios estatais.



Com efeito, durante a crise financeira, as decisões da Comissão acerca dos auxílios de Estado tinham como principal prioridade a salvação das instituições financeiras dos Estados-Membros, mesmo que sacrificando, nesse período, a concorrência e agravando a distorção da concorrência.

Contudo, no período pós-crise, salvar as instituições já não é o mesmo que salvar o sistema financeiro como um todo, pelo que tais casos não poderiam ser justificados com base nos efeitos da crise. Quanto maior estabilidade fosse sendo criada no sistema financeiro dentro da União Europeia, no pós-crise, mais facilidade é garantida ao controlo dos auxílios de Estado a conceder e já concedidos a instituições que beneficiaram de ajuda pública<sup>161</sup>.

O racional económico para prestar auxílio ao setor bancário numa situação de crise financeira, em teoria, será o de evitar o colapso de todo o sistema, o que provocaria danos possivelmente irremediáveis a toda a economia europeia. Neste contexto, como a própria Comissão reconheceu, cresceu a tentação para que os Estados adotassem medidas mais protecionistas do mercado e com carácter unilateral, procurando salvaguardar as economias domésticas. De facto, de forma geral, os Estados-Membros introduziram um conjunto de medidas internas a favor dos seus serviços nacionais da área financeira e, em particular, do setor bancário. Algumas medidas foram tomadas de forma a prevenir ulteriores consequências também decorrentes da situação da banca nos países vizinhos. Outras medidas tomaram proporções mais intrusivas, quer a nível financeiro, quer ao nível da gestão das instituições. Naturalmente que o impacto das diferentes medidas adotadas no comércio e na concorrência entre os Estados-Membros também viria a ser diferente.

Desde logo, alguns governos nacionais procederam à injeção de quantias extraordinárias de capital, recapitalizando várias instituições bancárias que apesar de se encontrarem em sérias dificuldades, seriam ainda viáveis, justificando-se tais auxílios sobretudo pelas características do mercado (mercados de capitais fechados) e pelo

---

<sup>161</sup> Neste sentido, ADLER, Emily, e outros (2000), *Economist's Note, State Aid to Banks in the Financial Crisis: The Past and the Future*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, no. 1.

fenómeno da seleção adversa, fatores que impediriam o recurso, pelas mesmas, ao mercado de capitais a preços razoáveis ou sustentáveis. Em algumas situações, os governos adquiriam ativos das instituições, de forma temporária ou permanente, dependendo dos casos.

Ora, do ponto de vista do regime europeu de auxílios de Estado, tais intervenções foram sendo justificadas como soluções para resolver falhas de mercado, especialmente relacionadas com a ineficiência do funcionamento do mercado de capitais. Nestes casos, poderá efetivamente existir uma discriminação positiva das instituições sujeitas a tais intervenções, face às que não foram beneficiadas<sup>162</sup>.

Para além da recapitalização, outras soluções foram encontradas pelos governos nacionais e pelo Banco Central Europeu, a fim de salvaguardar a viabilidade do sistema financeiro europeu e da zona euro. Entre tais medidas, poderão evidenciar-se as condições excecionais de liquidez concedidas pelo Banco Central Europeu, a fim de evitar a escassez de liquidez dos bancos e poder comprometer não só a sua solvabilidade, como também a confiança dos consumidores e dos depositantes.

Estas medidas, inclusive as praticadas pelo próprio Banco Central Europeu, apesar de beneficiarem diretamente um setor em especial, potencialmente em detrimento de outros, foram genericamente consideradas como não conflituantes com as políticas de auxílios de Estado promovidas pela Comissão, ou contra as normas do Tratado.

É certo que algumas instituições evitaram uma situação de insolvência, diretamente por causa das medidas implementadas nesse período, pelo que as mesmas impediram a saída do mercado de tais instituições, o que provavelmente aconteceria se não tivessem beneficiado dessa ajuda direta. Por princípio, o facto de o destinatário do auxílio não conseguir idênticas condições no mercado de capitais e ser evitada a sua retirada do mercado concorrencial por causa do auxílio estatal, entende-se como um indício muito significativo da incompatibilidade do auxílio com o Tratado, como acima já apurado<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> ADLER, Emily, e outros (2000), *ob. cit.*.

<sup>163</sup> Como referido, o “teste o investidor privado” como teste para aferir a distorção da concorrência provocada pelos auxílios. Novamente, a este propósito, ver caso *Tubemeuse* (C-142/87).

Todavia, a relevância de tal princípio foi relativamente desconsiderada no caso da salvação das instituições financeiras durante este período de crise, o que torna especialmente particular a análise da política de auxílios neste setor. Pese embora, se tenha mantido relevante o custo efetivo do auxílio prestado pelos governos (no orçamento do Estado e, portanto, o custo para os contribuintes), embora sempre para efeitos de tentar mitigar o efeito de distorção da concorrência no mercado.

Relativamente às instituições bancárias consideradas como não viáveis, os Estados-Membros adotaram outro tipo de soluções, enquadradas nas várias comunicações emitidas pela Comissão durante esse período<sup>164</sup>. Estas medidas exigiram meios de reestruturação muito profundos e significativos, o que em alguns casos levou à nacionalização de bancos privados como forma de prevenir as perdas dos clientes, ou à resolução e liquidação de bancos, em outros casos.

O exigente investimento público em instituições em iminente situação de incumprimento generalizado das suas obrigações, ou seja, instituições sem capacidade para cobrir as suas perdas no fim do ano, apresentaram maiores dificuldades de enquadramento com as regras de auxílios de Estado. Com efeito, do ponto de vista do regime jurídico e da perspetiva da salvaguarda da concorrência no mercado comunitário, socorrer uma instituição privada à beira da falência, precisamente para a evitar, criou graves constrangimentos com a aplicação das regras do Tratado. Salvar tais instituições significaria um efeito de distorção da concorrência e prever-se-ia um impacto muito significativo no mercado, dificilmente justificável ao abrigo da correção de falhas do mercado no setor, pelo que o tema se manteve controverso.

---

<sup>164</sup> Comissão Europeia, Comunicação sobre “*A aplicação das regras sobre Auxílios de Estado a medidas tomadas em relação a instituições financeiras no contexto da atual crise financeira global*” (Comunicação sobre o Setor Bancário), de 25 de outubro de 2008; Comunicação sobre, “*A recapitalização das instituições financeiras na atual crise financeira: limitação de auxílios ao mínimo necessário e salvaguarda contra a indevida distorção da concorrência*” (“Comunicação sobre a Recapitalização”), de 15 de janeiro de 2009; Comunicação sobre a “*Comissão sobre o tratamento de ativos desvalorizados no setor bancário da Comunidade*” (“Comunicação sobre Ativos Desvalorizados”), de 26 de Março de 2009; Comunicação sobre, “*O retorno à viabilidade e a avaliação das medidas de reestruturação no setor financeiro na atual crise sobre as regras de Auxílios de Estado*” (“Comunicação sobre Reestruturação”), de 19 de agosto de 2009.

### 2.3.2 *A resposta da Comissão Europeia às medidas de auxílio no setor bancário*

Para abordar o problema das medidas de auxílio aplicadas ao setor bancário durante a crise financeira na Europa, a Comissão Europeia publicou uma série de comunicações criando uma distinção entre os auxílios aplicados ao setor bancário durante o período de crise financeira, e os auxílios aplicados restantes setores, ainda que coincidentes com o período da crise. A Comissão admitiu ser evidente a necessidade de intervenção dos Estados neste particular setor, atendendo à severidade da crise e das suas repercussões para a economia europeia. Assim, reconheceu a Comissão que tais medidas eram justificáveis ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3 alínea b), segunda parte, do TFUE, o qual permite a concessão de auxílios “(...) destinados a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro”.

Por outro lado, foi preocupação da Comissão clarificar que não seria admissível invocar a situação de crise financeira para a aplicação de medidas protecionistas após a crise por parte dos Estados-Membros.

A política de abordagem da Comissão sobre os auxílios de Estado durante a crise financeira foi distinta da evolução registada até à data. Não obstante, tendo sido referido que apesar das especificidades que foram exigidas no tratamento dos casos de auxílios ao setor bancário e à interpretação menos restritiva que foi adotada quanto às regras aplicáveis, o facto é que as comunicações emitidas pela Comissão nesse período fazem referência aos princípios gerais já descritos em 2004, nas suas “*Linhas Orientadoras sobre os Auxílios de Estado para o resgate e reestruturação de empresas em dificuldades*”<sup>165</sup>. Nesse documento, a Comissão de forma particularmente inovadora, identifica três princípios fundamentais da política de recuperação e reestruturação das empresas.

---

<sup>165</sup> Comissão Europeia, *Linhas Orientadoras Comunitárias sobre Auxílios de Estado para o resgate e reestruturação de empresas em dificuldade*, de 19 de agosto de 2009. Também neste sentido, ADLER, E. e outros (2000), *ob. cit.*

O primeiro desses princípios é o da “*restauração da viabilidade a longo prazo*”. Segundo este princípio, o auxílio prestado pelo Estado deverá ter como propósito a reestruturação da empresa destinatária, de forma a torná-la viável a longo prazo sem aplicação de futuras medidas. Isto é, que o auxílio concedido seja o minimamente distorcivo da concorrência, mas o suficiente para que a empresa se torne viável e não venha a precisar de qualquer outra medida de auxílio no futuro.

O segundo princípio é o da “*necessidade de evitar uma indevida distorção da concorrência*”, isto é, deverá ser concretizado em medidas que minimizem a distorção da concorrência.

O terceiro princípio, “*assegurar uma adequada repartição de encargos*” (“*burden sharing*”), visa limitar o auxílio ao mínimo possível, por um lado, e à justa partilha de responsabilidades e encargos, por outro lado.

Estes princípios foram aplicados às situações de recuperação de bancos em risco, pese embora os problemas que foram enfrentados pelas instituições afetadas pela crise financeira tenham sido substancialmente mais graves e diferentes, desde logo, por estar em causa não a reestruturação ou resgate de uma empresa, mas por estar em causa um conjunto vasto de entidades representativas da globalidade do setor financeiro. Acresce que, tal como reconheceu a Comissão nas suas comunicações, a crise afetaria não só os bancos em dificuldades – de entre os quais, em diferentes graus – como também aqueles que não mostravam resultados negativos. Atendendo às particularidades do setor, é significativa a interdependência no financiamento e a essencialidade do princípio de confiança no sistema para que subsista.

Em suma, as ações da Comissão quanto ao resgate ou recapitalização de instituições bancárias deveu-se, genericamente, ao facto de se reconhecer que estas instituições são operadores especialmente importantes para as economias nacionais.

### 2.3.3 *A (eventual) distorção da concorrência decorrente da concessão de auxílios de Estado ao setor bancário durante a crise financeira*

As consequências da falência de um banco para todo o sistema financeiro e para a economia são potencialmente exponenciadas pelos fatores de interdependência e de necessidade de confiança, acima mencionados. Essa situação terá tanto mais impacto quanto maior a dimensão do banco, caso em que tenderá a provocar um agravamento no efeito sistémico e um acréscimo do valor económico das perdas, devido à intensidade das externalidades negativas decorrentes.

Verifica-se, assim, que a falência de um banco de significativa dimensão e a sua saída do mercado, contrariamente ao que se poderia prever noutro setor económico, não tenderá a favorecer os seus concorrentes<sup>166</sup>. Ou seja, as relações de interdependência, quer no que respeita ao financiamento interbancário (os bancos são naturalmente credores e devedores uns dos outros) quer as decorrentes do efeito de contágio que a queda de um banco provoca na confiança dos clientes (os clientes do banco não-falido tenderão a temer sofrer as mesmas consequências observadas quanto aos clientes do banco falido, designadamente, a perda de capital ou a impossibilidade de financiamento), são fatores suficientemente particulares do setor, que contaminam negativamente todo o mercado. Tal característica deste setor parece reforçar a legitimidade de intervenção pública, atendendo a que uma não intervenção se poderá prever como tendo um efeito distorcivo da concorrência, e não o contrário<sup>167</sup>.

Em todo o caso, uma vez mais, parece sobrepor-se a necessidade de, face aos potenciais danos que seriam provocados na economia, as intervenções públicas no setor financeiro europeu, de maior ou menor grau, desde que mantenham a preocupação de minimizar a distorção da concorrência, foram apoiadas pela Comissão. Resultou, pois, na evidência de sobreposição da estabilidade financeira dos Estados a outros valores.

---

<sup>166</sup> ADLER, E. e outros (2000), *ob. cit.*

<sup>167</sup> Naturalmente que tal tese não poderá ser interpretada de forma generalizada. As intervenções na banca por parte dos Estados foram distintas e os seus efeitos sobre a economia e sobre a concorrência ainda hoje são objeto de avaliação.

### 3.4 O caso paradigmático *Anglo Irish Bank*

O caso *Anglo Irish Bank*<sup>168</sup> tornou-se num dos casos mais importantes para a análise da teoria relacionada com os auxílios de Estado no setor bancário, no período da crise financeira na Europa. Este caso mostra o incrível colapso do banco irlandês *Anglo Irish Bank*, sendo um dos exemplos mais ruinosos da crise financeira iniciada em 2008. Este caso é ainda um exemplo da assistência massiva de um Estado a uma instituição a fim de evitar a sua falência, o que veio a forçar a intervenção da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Segundo os factos reportados na decisão da Comissão, o banco em causa apresentava nas últimas duas décadas resultados contabilísticos extraordinariamente positivos. O seu rendimento cresceu de 180 milhões em 1984, para 100 biliões em 2008. Tal crescimento excecional estava associado à sua intervenção liderante no setor imobiliário na Irlanda, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América. Tal como aconteceu com outros bancos de investimento no setor imobiliário, as suas condições de financiamento foram se tornando progressivamente mais arriscadas, permitindo-lhe atingir maior quota num mercado cada mais agressivo. O banco concedia empréstimos a investidores pelo valor total dos projetos em causa, apesar de tais investidores apresentarem poucas garantias. Este risco era absorvido pela contínua subida do preço do imobiliário, característica da época da “bolha imobiliária”, o que significa que perante o incumprimento dos mutuários, os bens seriam vendidos pelo banco acima do valor do empréstimo. O banco, por pretender subir as suas receitas anuais, corria mais riscos, financiando projetos que apresentavam pouca viabilidade. Ora, assim que a “bolha imobiliária” explodiu, os preços desceram e os investidores com menor capacidade ou

---

<sup>168</sup> Decisão da Comissão Europeia sobre o *Plano de reestruturação conjunto para o Anglo Irish Bank e Irish Nationwide Building Society*, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/235764/235764\\_1251125\\_112\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235764/235764_1251125_112_2.pdf). Sobre a análise deste caso, ver GALAND, C. e GORT, M. (2012), *Massive State Aid to Anglo Irish Bank, Small Distortions of Competition*, Journal of European Commission Law & Practice, Vol. 3, n.º. 3.

mais expostos rapidamente se mostraram incapazes de cobrir os prejuízos, fazendo baixar, de forma abrupta, o preço do imobiliário.

Tais circunstâncias provocaram perdas de bilhões de euros ao *Anglo Irish Bank*, cuja posição se tornou tão precária que o Estado Irlandês se viu obrigado a intervir. Em janeiro de 2009 o banco foi nacionalizado. Durante os anos de 2009 e 2010, o banco recebeu quatro pacotes de recapitalização, no montante de 29.3 bilhões de euros, bem como garantias do Estado sobre a maioria das suas responsabilidades. Para além disso, foram ainda investidos 35 bilhões de euros no banco pela *Irish National Asset Management Agency (NAMA)*.

A Comissão aprovou uma primeira intervenção na recapitalização do banco que havia sido notificada pelo Estado Irlandês. O banco esperava que essa intervenção fosse suficiente, mas verificou-se que seriam precisas outras intervenções posteriores para poder salvar o banco. A aprovação da intervenção pela Comissão enquadrou-se na justificação utilizada nestes casos, relacionada com o resgate das instituições bancárias. Ao fim de algum tempo, muitas outras perdas foram sendo detetadas e quanto mais se descobria, mais intervenção do Estado seria necessária para manter o banco. Inicialmente, as autoridades irlandesas esperavam que parte do banco pudesse manter-se a operar no mercado (“banco bom”), contudo, com a situação do banco a agravar-se, o governo irlandês percebeu que simplesmente o banco já não era viável.

Após um investimento público tão avultado no banco e uma assunção de grande parte das suas responsabilidades por parte do Estado, deixar que o banco falisse e proceder à sua liquidação seria uma opção potencialmente muito desastrosa. Por causa da posição que o Estado havia assumido no banco, passando a ser seu credor ao invés dos depositantes, por ter prestado garantia sobre os empréstimos, deixar que o banco falisse representaria um prejuízo massivo para o Estado. Finalmente, o banco veio a ser nacionalizado pelo Estado Irlandês.

A Comissão foi alvo de críticas neste processo, por ter autorizado a primeira recapitalização do Estado a favor do banco, o que terá provocado um caminho sem retorno. Segundo as referidas críticas, a Comissão deveria ter percebido desde o início



que a não viabilidade do banco e o estado das suas contas não poderia justificar um auxílio do Estado Irlandês de quantia tão avultada e, como tal, deveria simplesmente ter deixado o banco falir e sair do mercado. A questão da assunção das perdas pelos credores ou, em alternativa, pelos contribuintes, nos casos de insuficiência financeira das instituições bancárias, foi amplamente debatida neste período.

Nestes casos, a Comissão Europeia tenderá a focar a sua análise na verificação dos efeitos que um auxílio prestado por um Estado-Membro tem na concorrência e no comércio no espaço europeu, e não na definição ou fiscalização das políticas orçamentais internas dos Estados. Neste sentido, não deixa de ser pertinente verificar que o papel da Comissão era o de perceber até que ponto se verificaria uma distorção da concorrência na medida temporária de recapitalização que aprovou. Na verdade, verificou-se que o objetivo seria o de retirar o banco do mercado, e não o de manter o banco artificialmente a competir com outros, o que do ponto de vista das regras de auxílios de Estado não mostrou ser um problema.

Deste caso, se demonstrou, assim, que a Comissão não funciona como uma entidade fiscalizadora, ou uma espécie de auditor ou consultor dos Estados-Membros, cabendo-lhe tão-só o papel de verificação, para este efeito, da compatibilidade das medidas adotadas pelos Estados-Membros relativamente à legislação europeia. De outro ponto de vista, o facto de a Comissão aprovar determinada medida significa apenas que a considerou objetivamente compatível com o Tratado e não que valida politicamente ou financeiramente as opções de despesa pública dos Estados, o que naturalmente estaria para lá das suas competências funcionais.

Outra conclusão que se poderá retirar deste caso e que de resto acabou por resultar numa reflexão generalizada das intervenções dos Estados no setor bancário neste período, será a necessidade de desenvolver a supervisão prudencial, o que acabou por resultar na adoção de um conjunto de mecanismos europeus, a fim de poder ser evitada uma futura crise financeira com consequências de tal dimensão<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> Novamente, para uma análise prática deste caso, GALAND, C. e GORT, M. (2012), *ob. cit.*.

A Comissão procedeu, nos anos subsequentes, a uma avaliação do impacto dos auxílios de Estados concedidos ao abrigo de programas de reestruturação e recapitalização do setor bancário<sup>170</sup>, tendo emitido um vasto conjunto de recomendações<sup>171</sup> que viriam a ser a base de novas políticas para o futuro, impondo novas condições aos Estados-Membros de modo a que os auxílios possam ser prestados de modo mais estruturado, com planos de viabilidade e com imposição de co-contribuição dos bancos para a sua própria reestruturação<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Em outubro de 2011 foi publicado um relatório pela Comissão Europeia, após pedido do Parlamento Europeu de uma avaliação das decisões adotadas neste período: “Os efeitos das decisões adotadas no enquadramento da aplicação de medidas temporárias de auxílios de Estado em resposta à crise financeira e económica”.

<sup>171</sup> Designadamente, refiram-se as seguintes Comunicações da Comissão Europeia neste período: Comunicação sobre “A aplicação das regras de auxílios de Estado a medidas a favor de instituições financeiras no contexto da crise financeira global atual”, OJ 2008; Comunicação sobre a “Recapitalização das instituições financeiras na atual crise financeira: limitação dos auxílios ao mínimo necessário e salvaguarda contra a indevida distorção da concorrência”, OJ 2009; Comunicação sobre a “Comissão sobre o tratamento de ativos desvalorizados no setor bancário da Comunidade”, OJ 2009; Comunicação sobre “O retorno à viabilidade e a avaliação das medidas de reestruturação no setor financeiro na atual crise sobre as regras de Auxílios de Estado”, OJ 2009.

<sup>172</sup> Neste sentido, QUIGLEY, C. (2012), “Review of the Temporary State Aid Rules Adopted in the Context of the Financial and Economic Crisis”, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 3.

## **VI O sistema de controlo europeu dos auxílios de Estado**

### **1 Noções gerais**

Para além do custo que representa para os contribuintes, a atribuição de benefícios a determinadas entidades que concorrem no mercado tem o potencial de provocar danos na economia, por distorcer a concorrência. A distorção da concorrência aparece, assim, como um condutor numa relação causa-efeito: se o Estado concede um subsídio ou outro benefício a uma empresa e não também aos seus concorrentes, aquela empresa poderá ganhar condições para obter uma quota de mercado maior do que aquela que conseguiria caso não tivesse tido acesso ao referido benefício. Por outro lado, a referida empresa beneficiada sofrerá menor pressão que os restantes concorrentes no mercado, por transversalmente não assumir o mesmo nível de risco, ou por ter um menor incentivo a melhorar a sua eficiência, empreendedorismo e inovação. O impacto do benefício do concorrente no mercado é, assim, tanto maior quanto menor expansão se verificar no mercado em causa no momento em que se fizerem refletir as consequências do benefício. Por esse motivo, em mercados que se encontram em declínio ou decrescimento, o impacto do benefício concedido é exponenciado, podendo até levar à retirada do mercado concorrentes potencialmente mais eficientes.

Igualmente, como referido, a propensão para a empresa beneficiada pelo auxílio correr riscos fica “viciada”, uma vez que se por um lado tem menores incentivos a desenvolver métodos competitivos, por outro lado, incorpora nas suas decisões a possibilidade de poder correr riscos excessivos, por saber *ex ante* que os eventuais danos daí decorrentes serão assumidos ou atenuados pelo Estado. Por outras palavras, os proveitos são “particulares”, mas as perdas são “públicas”. Tal comportamento tem por base uma falha de mercado relacionada com a assimetria de informação, propícia ao fenómeno de “*moral hazard*” ou “risco moral”, conceito económico geralmente definido como a possibilidade de um agente económico alterar o seu comportamento de acordo com o contexto concreto no qual ocorre uma transação económica.

Ora, o impacto que tais efeitos produzem na economia e, por consequência, no bem-estar dos consumidores, justifica a necessidade de controlo e intervenção na concessão dos auxílios. São as consequências para a economia como um todo que fundamentam a regulação deste instrumento, o qual poderia ser utilizado de forma perversa e com grave prejuízo para a concorrência no mercado caso fosse inteiramente desregulado. A regulação do regime de auxílios de Estado justifica-se, portanto, pela importância que terá o seu impacto na economia dos Estados e do mercado europeu.

## **2 Controlo supranacional pela União Europeia**

Neste contexto, não pode deixar de se observar que o modelo de controlo criado, aplicável em Portugal, se distanciou da autonomização nacional ou autorregulação, tendo antes se determinado a adjudicação de funções de controlo nesta matéria aos órgãos da União, nomeadamente à Comissão Europeia e aos Tribunais da União. Manifestamente, a razão desta assunção de competências permite o exercício da defesa do mercado interno da União como um todo, e a segurança de exigência de maior disciplina intranacional. Acresce que a distorção da concorrência provocada pela concessão de auxílios advém da atuação do próprio Estado, incluindo naturalmente os governos nacionais, que por variadas razões utilizarão mecanismos que potencialmente beneficiam empresas nacionais, desde logo, por terem a competência de distribuição orçamental e gestão de dinheiros públicos. Estes aspetos reforçam a necessidade de assegurar uma autonomização da entidade encarregue desse controlo, para uma mais eficaz concretização dos princípios do Tratado a este respeito.

Por outro lado, a crescente preocupação dos órgãos da União em acompanhar de perto a evolução dos auxílios estatais e procurar a regulação como forma de acautelar o fortalecimento do mercado interno nasceu da singularidade da união monetária e das políticas comunitárias de liberalização de certos sectores da economia, cujas regras nacionais se foram adaptando para melhor acolher os princípios dos Tratados e a evolução

das políticas europeias. À medida que a União Europeia se foi expandido e novos membros se juntaram, essas preocupações foram emergindo e ganhando contornos<sup>173</sup>, até que, em 1998, a Comissão Europeia decidiu submeter uma proposta de regulação do artigo 109.º do TFUE ao Conselho Europeu, cujo resultado se tornou no primeiro texto de regulação comunitária em matéria de auxílios estatais<sup>174</sup>. Esta necessidade de regulação tornava-se tão urgente quanto o número de notificações de medidas de auxílios recebidas pela Comissão nesse período, que rapidamente aumentou, o que veio a reforçar a necessidade isentar de notificação a determinadas categorias horizontais<sup>175</sup>, sob pena de os recursos se tornarem insustentáveis para acautelar o dever de decisão.

As políticas defendidas pelo Conselho e desenvolvidas pela Comissão desde então reforçam a ideia da necessidade de dar enfoque às questões da distorção da concorrência que os auxílios estatais tendem a provocar<sup>176</sup>, especialmente na sequência da agenda levada a cabo pelo Comissário Kroes em 2005, concretizada pela publicação do inovador Plano de Ação para os Auxílios do Estado (SAAP). Neste documento, o Comissário defendeu procedimentos mais eficazes para melhorar a implementação e criar maior transparência na aplicação das medidas estatais, tentando reorientar os fins de política pública nesta área para o crescimento económico e para a criação de emprego.

Esta preocupação crescente por parte da Comissão com o controlo dos auxílios concedidos pelos Estados-Membros tornou-se dinâmica e inovadora, tendo conhecido especialmente desde a década de 1990 até ao momento notáveis progressos. A sua evolução tem acompanhado as diferentes circunstâncias da economia europeia e mundial e sido fortemente influenciada pelo contexto económico e político que, ao longo das

---

<sup>173</sup> A primeira iniciativa de regulação dos auxílios de Estado na União Europeia surgiu de uma iniciativa conjunta da Comissão Europeia e da presidência irlandesa, em 1996.

<sup>174</sup> Regulamento do Conselho n.º 659/1999 de 22 de março de 1999, estabelecendo regras detalhadas acerca da aplicação do artigo 93º do Tratado.

<sup>175</sup> Ainda em 1998, a Comissão Europeia obteve do Conselho uma “*regulação de habilitação*”, que lhe permitia excecionar determinadas categorias horizontais de notificação da concessão de auxílios, concretizada pelo Regulamento do Conselho n.º 994/98 de 7 de maio de 1998 sobre a aplicação dos artigos 92º e 93º do Tratado.

<sup>176</sup> No ano 2000 em Lisboa, o Conselho transmitiu uma mensagem clara sobre os esforços empreendidos na promoção da concorrência e na redução da dependência das empresas em relação a medidas de apoio dos poderes públicos, apelando a que os investimentos se redirecionem para o emprego, desenvolvimento regional, ambiente e educação e investigação.

últimas décadas e, em especial, nos anos de crise financeira desde 2008, potenciou um aumento no número de casos de auxílios concedidos pelos Estados-Membros, usados muitas vezes como arma pelos governos nacionais de combate à crise.

O controlo supranacional dos auxílios estatais nos países da União Europeia pelos seus órgãos pode explicar-se, genericamente, por três fatores distintos.

Em primeiro lugar, as externalidades transfronteiriças podem, potencialmente, fazer divergir os interesses nacionais dos interesses internacionais, tornando-os eventualmente incompatíveis, o que ocorre quando um Estado não tem em conta, na sua tomada de decisão, os efeitos (negativos) que a sua intervenção pode provocar na economia de outro Estado<sup>177</sup>. A utilização de critérios individuais na concessão dos auxílios tende a que o Estado beneficie empresas nacionais que concorram, inclusive, no mercado comunitário, em detrimento de empresas não-nacionais. Ocorre frequentemente, neste contexto, do ponto de vista da economia nacional isoladamente, que o auxílio não seja desproporcional aos objetivos pretendidos, porém, numa avaliação ao mercado comunitário, a resposta seja distinta<sup>178</sup>.

Em segundo lugar, dado que em determinados casos, as autoridades nacionais podem ter dificuldade em se comprometer, a delegação do controlo dos auxílios estatais a uma autoridade supranacional facilita a implementação das funções de controlo<sup>179</sup>. Desde logo, a ideia de que os governos nacionais poderão não conseguir comprometer-se rigorosamente com regras orçamentais fixadas *ex ante* permite que as empresas tenham menores incentivos a serem eficientes, uma vez que antecipam que o governo acabará por colmatar os seus problemas financeiros, numa espécie de garantia contra a insolvabilidade, provocando uma diminuição de eficiência e de bem-estar<sup>180</sup>. Com efeito,

---

<sup>177</sup> FRIEDERISZICK, Hans W., e outros (2006), *ob. cit.*, p. 22.

<sup>178</sup> A propósito das consequências da atribuição de subsídios a empresas domésticas no comércio internacional, refere-se a extensa literatura económica, por exemplo, o desenvolvimento do *modelo Brander-Spencer* dos anos 1980 por James Brander e Barbara Spencer (*“Journal of International Economics 18”*, 1985).

<sup>179</sup> Pese embora, por outro lado, se deva manter em consideração para uma análise crítica à legitimação da Comissão Europeia de que, por princípio, não estará tão bem informada quanto às circunstâncias nacionais como estarão as entidades nacionais, mantendo o tema, ainda hoje, controverso.

<sup>180</sup> Ver neste sentido, KORNAI et al. (2003) e DEWATRIPONT e MASKIN (1995).

há que considerar que uma entidade supranacional estará por definição melhor posicionada para avaliar práticas levadas a cabo por entidades nacionais, sem comprometer a neutralidade da decisão, e menos sujeita a pressões ou *lobbying* que se verificam em maior grau dada a proximidade das instâncias nacionais às empresas.

Em terceiro lugar e enquadrando os dois fatores acima enunciados, a salvaguarda do bom funcionamento do mercado interno europeu justifica, por princípio, o controlo dos auxílios estatais por parte dos órgãos da União Europeia, designadamente, pela Comissão Europeia<sup>181</sup>. Cabe antes de mais aos órgãos europeus zelar pela estabilidade da economia no seio do mercado comum, pela salvaguarda da sustentabilidade financeira da União e pela livre concorrência no mercado.

São, portanto, os próprios princípios de criação e funcionamento da União Europeia e, especificamente, do mercado interno, que permitem considerar legítima a intervenção da Comissão Europeia no controlo dos auxílios estatais. Os princípios basilares da construção do mercado único e da harmonização legislativa e de procedimentos dentro da União Europeia nas matérias de concorrência justificam que o controlo seja exercido ao nível supranacional, sob pena de poder não ficar assegurado o cumprimento das regras integradas de concorrência no mercado europeu e de perder o sentido do mercado relevante para aferir a proporcionalidade das medidas adotadas. Decorre destes princípios a própria delimitação objetiva da própria definição de auxílios de Estado prevista no n.º 1 artigo 101.º do TFUE, que determina a existência de medidas não compatíveis com o Tratado, “*na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros*”.

### **3 Aspetos procedimentais do controlo de auxílios**

De acordo com o previsto no artigo 108.º do TFUE, qualquer projeto para a implementação de uma medida de auxílio deve ser notificado à Comissão Europeia por parte dos Estados-Membros, garantindo à Comissão a oportunidade de poder averiguar

---

<sup>181</sup> FRIEDERISZICK, Hans W. e outros (2006), *ob. cit.*, p. 21.

da sua compatibilidade com o Tratado. Assim, daqui se extrai que sobre os Estados-Membros recai a obrigação de não implementar qualquer medida que possa configurar um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, sem dar à Comissão a possibilidade de expor a sua posição e, em consequência, declarar a compatibilidade ou incompatibilidade da medida com o Tratado.

O objetivo por detrás desta regra será o de, por um lado, prevenir a execução de medidas incompatíveis com o Tratado e cuja correção *a posteriori* implicaria um maior custo para a concorrência e, por outro lado, permite assegurar maior transparência no processo de decisão. Caso a medida não seja um auxílio de Estado e não recaia na definição do n.º 1 do artigo 107.º, então tal notificação prévia é dispensada e pode ser executada pelos Estados-Membros sem que estes devam esperar por uma reação da Comissão, o que significa que serão os próprios Estados-Membros os primeiros a fazer um juízo de ponderação acerca da medida que visam implementar.

Do ponto de vista da qualificação jurídica, uma medida implementada por um Estado-Membro e que não tenha sido objeto de notificação prévia à Comissão, mas que vem a ser considerada como um auxílio de Estado, considerar-se-á um auxílio ilegal, mesmo que venha a ser considerado compatível com o TFUE. Um auxílio de Estado qualificado como incompatível é aquele que após ter sido notificado previamente à Comissão, não é nem pode ser considerado compatível como o mercado interno, nos termos do artigo 107.º, n.º 2 ou n.º 3 do TFUE<sup>182</sup>.

A Comissão colabora estreitamente com os Estados-Membros no permanente exame das medidas que estes tomam sob a forma de auxílios. Como acima mencionado, os Estados-Membros são as entidades que, em primeira linha, farão um juízo sobre a legalidade (isto é, a compatibilidade com o Tratado) de uma medida que pretendem implementar. Presume-se que, por princípio, os Estados-Membros não adotarão medidas que sabem ser julgadas auxílios de Estado, não as notificando à Comissão propositalmente. A adoção de auxílios de Estado ilegais julgar-se-á feita por consequência de má interpretação dos Estados-Membros quanto à sua qualificação.

---

<sup>182</sup> Neste sentido, SCHÜTTE, M. (2011), *Procedural aspects of EU State aid law and practice*.



Para os efeitos previstos no regime do artigo 108.º do TFUE, não compete propriamente à Comissão decidir se uma medida constitui um auxílio de Estado, atendendo a que a previsão da norma do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE é suscetível de revisão jurisdicional pelo TJUE, conforme dispõe o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE<sup>183</sup>. Caberá, em última análise, ao poder jurisdicional do Tribunal determinar sobre a compatibilidade de uma medida com o Tratado, isto é, se se trata de um auxílio de Estado incompatível com o Tratado ou se se trata de uma medida enquadrada nos números 2 ou 3 do artigo 107.º. Apesar disso, na prática, a opinião da Comissão é de extrema importância, quer para o andamento do procedimento, quer quanto à sua posição judicial<sup>184</sup>. Na verdade, é à Comissão a quem compete o primeiro juízo comunitário formal sobre a compatibilidade da medida com o Tratado, conforme previsto no artigo 108.º do TFUE.

A primeira consequência do início do procedimento de averiguação pela Comissão da compatibilidade com o Tratado de um projeto de auxílio é a determinação pela Comissão da não execução das medidas projetadas pelo Estado-Membro em causa. Só após decisão final de compatibilidade com o Tratado poderá o Estado-Membro dar execução ao projeto de auxílio.

A notificação prévia de um projeto de auxílio exigida pelo artigo 108.º do TFUE compreende quer os novos auxílios a conceder pelos Estados, quer as modificações sobre auxílios já existentes<sup>185</sup>. Qualquer medida concreta/individual adotada no âmbito de um determinado quadro legal de auxílio já aprovado anteriormente é considerada “auxílio existente”<sup>186</sup>.

A consequência mais importante da classificação de um auxílio como “auxílio existente” é que a hipótese de recuperação do “auxílio existente” de parte do beneficiário

---

<sup>183</sup> Casos T-425/04, T-444/04, T-450/04 e T-456/04, *França e outros vs Comissão*, julgamento de 21 de maio de 2010. Recurso, casos C-399/10P e C-401/10P.

<sup>184</sup> Neste sentido, ver SCHÜTTE, M., *ob. cit.* (2011).

<sup>185</sup> Decorre do artigo 2.º do Regulamento (CE) 659/1999, com regras de procedimento para a aplicação do artigo 108.º do TFUE (anterior artigo 93.º) (Regulamento Procedimental). Este regulamento foi complementado em 2004 pelo Regulamento (CE) 794/2004 (Regulamento de Implementação), o qual foi já objeto de várias alterações.

<sup>186</sup> Artigo 1, b), v) do regulamento Procedimental.

está excluída, ou seja, a Comissão pode reavaliar a medida e, se considerar que a medida configura um auxílio de Estado, pode forçar o Estado-Membro a revogá-la, nos termos do disposto no artigo 108.º do TFUE. Consequentemente, um “auxílio existente” pode ser anulado por instruções da Comissão dirigidas ao Estado-Membro, mas os efeitos de tal anulação serão apenas *ex nunc*.

A Comissão não pode ordenar a recuperação de um “auxílio existente”, mesmo que se verifique a sua incompatibilidade com o mercado interno, o que proporciona uma proteção processual muito significativa ao beneficiário da medida<sup>187</sup>.

Ao contrário, qualquer nova medida que tenha sido considerada um auxílio de Estado, nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, isto é, concedida ilegalmente pelo Estado ou declarada incompatível com o mercado interno, terá que ser restituída, ou seja, devolvida do beneficiário para o Estado. Esta é a consequência natural da reversão de uma medida de auxílio de Estado executada, com efeitos *ex tunc*.

A recuperação da ajuda conferida pelo Estado ao beneficiário apenas não é possível se tal reversão for contrária a um princípio geral do direito comunitário<sup>188</sup>, ou se a restituição da situação for manifestamente impossível<sup>189</sup>. A restituição não tem necessariamente que ser realizada através de um pagamento em dinheiro, podendo revestir outras formas possíveis escolhidas pelo Estado Membro, desde que tal forma de restituição não coloque em causa o objetivo e a eficácia da aplicação da legislação comunitária<sup>190</sup>.

#### **4 A evolução recente da política de auxílios da União Europeia**

A evolução do controlo dos auxílios de Estado nos últimos 50 anos atravessou enormes desafios, sobretudo no que respeita à aplicação das regras previstas no Tratado

---

<sup>187</sup> SCHÜTTE, M. (2011), *ob. cit.*.

<sup>188</sup> Artigo 14.º, n.º 1 do Regulamento Procedimental.

<sup>189</sup> Caso *Comissão vs França* (C-214/07).

<sup>190</sup> Caso *Comissão vs República Helénica* (C-369/07), de 2009.

e que colocou a Comissão Europeia no papel de garante da regularidade do funcionamento do mercado. Apesar das constantes dificuldades enfrentadas pela Comissão nos diferentes períodos da história da execução das políticas de auxílios, não poderá deixar de se salientar o sucesso da formulação do modelo adotado pelas instituições europeias e a sedimentação do mesmo ao longo dos anos.

Para tal sucesso terá contribuído, desde logo, o facto de o modelo adotado prever um sistema de derrogações, permitindo a salvaguarda do respeito pelo cumprimento de um conjunto de outros valores económicos e sociais no contexto dos Estados-Membros. Por outro lado, contribui para este resultado o modelo estabelecido de mercado concorrencial, no sentido em que o Tratado introduz as regras sobre os auxílios na sistematização do capítulo de concorrência, o que permite concluir que se pretendeu atribuir aos auxílios estatais um papel de proteção do mercado comum. Assim, se deduz que o controlo dos auxílios de Estado vem enquadrado na função de promoção do bom funcionamento do mercado comum e, paralelamente, dos vários mercados nacionais.

A “era moderna” dos auxílios de Estado ter-se-á iniciado em finais da década de 1900, conforme descreve Pullen (2000)<sup>191</sup>, como resultado de um conjunto de novas abordagens e novos procedimentos que se iniciaram nesse período.

Com efeito, a Comissão, face à diversificação das matérias em causa no controlo dos auxílios e à complexidade e quantidade de situações objeto de análise e investigação, compreendeu ser necessário regular as matérias que pela sua diminuta importância do ponto de vista do impacto na concorrência não mereceriam o dispêndio de recursos e procedimentos. Pelo que, de forma inovadora, embora já seguindo uma tendência anteriormente afirmada em casos junto do Tribunal de Justiça, a Comissão aprovou um Regulamento em 1999, estabelecendo, pela primeira vez, um conjunto de exceções ao artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, definindo um novo paradigma.

Se nas primeiras décadas da vigência das regras de auxílios, a Comissão pugnou pela aceitação institucional do controlo supranacional dos auxílios conferidos pelos Estados-Membros, num esforço de através dessa implementação, determinar uma nova

---

<sup>191</sup> SZYZCZAK, E. (editor), *Research Handbook on European State Aid Law*, EE.

conceção prática dos pilares da construção europeia, desde a consagração do mercado comum, a não discriminação em função da nacionalidade, a liberdade de circulação de bens e serviços, entre outros, nas últimas décadas tal visão sofreu uma evolução. Com efeito, até aos anos 2000, a implementação das políticas de auxílio foi prioritária para a Comissão, por se tratar de um paradigma diferente para os Estados, influenciando sobre a forma como os Estados implementavam as suas medidas de apoio ao setor privado.

É de notar que os resultados obtidos não se devem exclusivamente ao esforço de implementação da Comissão, nessas primeiras décadas. De facto, não se poderão distanciar tais resultados positivos da modernização dos modelos económicos dos próprios Estados-Membros, que ao longo da segunda metade do século XX e em especial, com a progressiva entrada na União Europeia e como participantes do mercado único, foram atualizando as suas políticas públicas internas, delegando cada vez mais funções do Estado no setor privado. A intervenção do Estado na economia passou de forma genérica e progressiva a diminuir dentro do espaço da União. Ora, quanto a este aspeto particular, não deixa de ser interessante observar o quase paradoxo existente na abordagem da Comissão – ou, se quisermos, na forma como a Comissão tenderia a aplicar o quadro legal do controlo dos auxílios da mesma forma, se tal evolução nas economias nacionais não se tivesse verificado. O modelo de análise da Comissão, necessariamente, teria de evoluir, uma vez que não poderia continuar a aplicar a mesma abordagem à concessão de auxílios de um Estado “operador” no mercado, com funções exclusivas em determinados setores da economia, em comparação com um Estado que, tendo passado tais funções para a livre concorrência, age regulando o mercado e intervindo em situações de manifesta exigência de intervenção na economia<sup>192</sup>.

Para que tal evolução conceptual pudesse ser acompanhada pela política de auxílios estatais, sem colocar em risco a realização dos fins conseguidos pelo Tratado, o Tribunal de Justiça procurou apurar o significado de auxílio de Estado à luz da nova realidade económica, procurando concentrar a análise na avaliação do impacto das medidas dos Estados, redefinindo e estreitando o escopo do conceito. Numa série de julgamentos entre

---

<sup>192</sup> Neste sentido, KLEINER, T. (2011), *Modernization of State aid policy*.

os anos 2000 e 2003, o Tribunal consolidou uma noção mais restritiva de auxílio de Estado (por exemplo, casos *Preussen Elektra* ou *Altmark*).

Também neste período se começou a exigir uma fundamentação económica das decisões da Comissão, sobretudo no que se refere a casos de elevada complexidade e cuja decisão de incompatibilidade assenta no risco do impacto sobre a economia comunitária. Neste sentido, muitos economistas reclamaram a exigência de avaliações do impacto económico das medidas, como ónus da Comissão aquando da invocação do efeito negativo das mesmas na concorrência, tal como acontecia em outras áreas afetas à legislação comunitária da concorrência, como os casos de antitrust ou controlo de concentrações. Ora, tal avaliação não tem sido considerada prioritária pelo Tribunal de Justiça, pese embora que, naturalmente, ainda que de forma pouco aprofundada em alguns casos, seja comum o Tribunal fazer uma reflexão do impacto económico das medidas para a concorrência no mercado da União.

Outro importante ponto de viragem na modernização da política de controlo dos auxílios pela Comissão foi a aprovação do SAAP (Plano de Ação para os Auxílios de Estado), para o período 2005-2009, que coincidiu com um conjunto de factos conducentes, à data, à exigência de um plano a médio prazo para avaliar o papel dos auxílios como política para a União. O SAAP representou, por isso, não só uma revisão geral dos casos de auxílios nesse período, mas procurou, principalmente, criar uma nova filosofia e uma nova estratégia política para o futuro, devolvendo em certa medida a função institucional que o controlo de auxílios adotou na sua génese.

Conforme descreve o Comissário Neelie Kroes, responsável pelo programa, a motivação principal no mesmo terá sido a necessidade de identificar uma abordagem coerente e atualizada dos auxílios, atendendo a que se verificou que os auxílios evoluíram ao longo dos anos para um conjunto de regras desnecessariamente complicadas, exceções e mecanismos burocráticos, sem um fio condutor. Por isso, propôs uma reforma que permitisse dar à política de auxílios de Estado um significado claro e uma direção, de forma a poder efetivamente proteger os cidadãos europeus, que será a verdadeira preocupação (Kroes, 2005). O plano era conceptualmente programático e bastante

ambicioso e pretendia dar resposta a um quadro legal e jurisdicional complexo e em certa medida confuso, de forma a suprimir a excessiva burocracia existente em alguns procedimentos, criar maior transparência e segurança jurídica e planear uma estratégia coerente e precisa para a implementação de políticas de auxílios, enquadradas na visão da Comissão sobre a concorrência no mercado comum.

Importa assinalar que, pese embora facilmente se compreendam as motivações do SAAP, desde logo, pela evolução extraordinária e complexa das economias europeias (desde o pós-guerra, a adaptação dos países emergentes da ex-União Soviética, ou a evolução galopante da globalização e do sistema financeiro), ou pela necessidade de definir orientações mais precisas e objetivas na avaliação das medidas públicas com instrumentos mais sofisticados e exigentes, não poderá deixar de se notar a mudança de tratamento quanto ao incumprimento dos Estados-Membros. A mensagem, a este respeito, que se retirou do SAAP foi a de que o incumprimento pelos Estados das regras de auxílios não advém (apenas) do facto de pretenderem ignorar a lei, mas do facto de a própria aplicação da lei pela Comissão não ser suficientemente clara, assumindo-se, assim, uma responsabilização pelos fracassos no controlo de auxílios.

O SAAP foi um programa bem-sucedido no seu objetivo global de refletir a política de auxílios levada a cabo pela Comissão e de recolocar no centro uma discussão concetual necessária. Por outro lado, criou o enquadramento para a aprovação de regras mais concretas sob a forma de *soft law*, entre as quais, várias linhas orientadoras (como os Serviços de Interesse Económico Geral).

A regulação de regras de *minimis* e de diferentes tipos de categorias de exceção, bem como, da revisão geral da política de controlo dos auxílios abordada pelo SAAP e concretizada em diversos instrumentos regulatórios, permite concluir que, em suma, a Comissão pretendeu concentrar-nos nos casos verdadeiramente relevantes para o mercado comum e menos nos casos que não justificariam a aplicação dos mesmos recursos. Os números demonstram que, até à crise financeira de 2008, efetivamente esse objetivo foi alcançado com sucesso. O nível geral de auxílios de Estado concedidos nos anos 1980 rondava os 2% do PIB dos Estados-Membros; nos anos 1990 desceu para 1%

e por volta de 2011, registou-se nos 0,5%-0,6% do PIB. O total de auxílios de Estado concedidos pelos Estados-Membros em 2007 foi de cerca de 65 biliões de euros, ou seja, cerca de 0,53% do PIB<sup>193</sup>. Verifica-se, assim, uma tendência para a descida da atribuição de auxílios de Estado – não contabilizando o especial período da crise financeira, cujos valores se encontram melhor descritos no capítulo V e cuja capacidade de adaptação da Comissão na flexibilização da estratégia que vinha adotando na política de auxílios foi essencial, o que demonstra, uma vez mais, o caráter profundamente evolutivo dos auxílios de Estados e a constante necessidade da sua readaptação a novas realidades, por vezes imprevisíveis, da economia europeia.

Num mesmo cenário, concluir-se-á também pela ideia de que o papel da Comissão se funde nesta duplicidade de controlar a legalidade da atribuição de auxílios pelos Estados-Membros e de definir as políticas estratégicas que estarão na base dos auxílios de Estado. Não deixa de ser interessante perceber que no exercício de ambas as funções, quer de órgão garante da aplicação do Tratado, quer na definição das políticas de auxílios, a Comissão deverá considerar sempre a dinâmica com os próprios Estados-Membros. Estes são os primeiros a aplicar as regras do Tratado e, portanto, os primeiros a ter que garantir numa perspetiva a priori o cumprimento das regras. Por outra via, são também os Estados-Membros que, em primeira linha, definem as políticas públicas, no âmbito da sua autonomia política e financeira, subjacentes à realização da compatibilidade da sua atuação com a legislação comunitária.

Apesar desta confluência de competências, não nos parece proceder o entendimento de que a Comissão desempenha um mero papel de investigador do comportamento e das relações entre os Estados-Membros. Ficou espelhado nas considerações referidas acerca do Plano SAAP que a Comissão contribui decisivamente para uma progressiva harmonização das políticas de auxílios de Estado dentro do espaço comunitário.

---

<sup>193</sup> BLAUBERGER, M. (2011), *State aid control from a political science perspective*.

Com efeito, é inegável o contributo da Comissão para a “europeização” da política de auxílios de Estado, termo que genericamente refere o impacto nos Estados-Membros da integração europeia<sup>194</sup>.

Em suma, não poderá deixar de se concluir que, desde a instituição das regras comunitárias do controlo de auxílios de Estado e numa perspetiva duplamente funcional da Comissão Europeia, ora atuando como garante do cumprimento da legalidade, ora assumindo um papel preponderante na determinação das políticas de auxílios, a verdade é não deixará de ser permeável às múltiplas exigências de uma economia global e com novos pressupostos.

Por isso, quer a Comissão Europeia, como órgão fundamental desta dinâmica constante, quer as próprias fontes de Direito aplicáveis aos auxílios de Estado, desde logo, o Tratado, os princípios fundamentais do direito comunitário, a jurisprudência dos tribunais ou as linhas orientadoras da Comissão, deverão estar preparadas para se readaptarem à flutuação naturalmente inconstante da economia global. Exemplo recente dessa exigência foi o período de crise financeira de 2008, como melhor referido no capítulo V.

Certo é que a tensão político-constitucional vivida entre a União Europeia e os Estados-Membros, quanto à determinação do seu papel de definição de políticas de redistribuição económica (desde logo, a definição e execução da política fiscal ou da política social), encontra nos auxílios de Estado um cenário ideal para se manifestar. A tensão que se verificará entre o exercício das funções soberanas dos Estados e as funções supranacionais legitimadas pela legislação comunitária pela União Europeia configura-se, na verdade, como a verdadeira história do projeto europeu, e da missão da União Europeia em fazer convergir vontades distintas e mitigar os vestígios ainda existentes de

---

<sup>194</sup> BLAUBERGER, M. (2011), *ob. cit.* Um conjunto vasto de estudos de ciência política demonstram que as políticas nacionais de auxílios de Estado são fortemente influenciadas pela “europeização”, absorvendo os modelos de política de controlo de auxílios da Comissão Europeia. Para além desses estudos, vários casos concretos demonstram a amplitude dessa influência nas decisões políticas dos Estados-Membros. A título de exemplo, refiram-se os acordos celebrados entre a Comissão e os Estados-Membros, no sentido de serem concedidos auxílios para fins de desenvolvimento económico regional a algumas zonas da Polónia, Hungria e outros Estados-Membros recentes, na sequência do fim do federalismo germânico.



corporativismo nacional (como uso da política económica para prosseguir fins políticos e sociais)<sup>195</sup>.

Tal questão é também premente quanto ao conflito potencial entre os direitos supranacionais de liberdade de circulação no espaço comum, e a convergência desses direitos com a concessão de auxílios de Estado. Esta ligação entre ambos os quadros legais tem sido denominada por “integração negativa”, ou seja, ambas as regras proíbem determinadas medidas nacionais que violem a livre concorrência no mercado interno comunitário, e ambas servem um propósito final comum, que é o da criação de um ambiente competitivo salutar dentro do espaço económico do mercado interno<sup>196</sup>.

Por esse motivo, a Comissão não poderá aprovar medidas de auxílios que violem diretamente outros direitos fundamentais do direito comunitário, como a liberdade de circulação de bens, nem ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 107.º do TFUE<sup>197</sup>, não sendo possível hierarquizar o princípio da não distorção da concorrência no mercado sobre o direito à livre circulação. Idealmente, a atuação dos Estados-Membros não prejudicará qualquer um dos referidos princípios<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> EVERSON, M. (2011), *European economic rights and national State aids policy in conflict: the problem of the democratic securing of welfare*. Como é aqui referido, Joerges e Rodl (2009) sublinharam este aspeto, qualificando-o como a verdadeira lacuna do projeto europeu: “*O problema do estado social é o problema político-prático bête-noire do projeto europeu. O que nos sobrarão quando defendemos que a capacidade de criar uma ordem económica e social é uma pré-condição constitutiva para a legitimidade democrática, mas simultaneamente se reconhece que a harmonização das constituições económicas e laborais dos Estados-Membros é impossível, de modo que a Europa deve contar com divergências socioeconómicas duradouras entre os seus Estados-Membros constituintes?*”

<sup>196</sup> Ver, neste sentido, WATTER, P. J. (2012), *Some Fringe Areas of EU State Aid Law in Direct Tax Matters*.

<sup>197</sup> Caso *Du Pont de Nemours Italiana SpA e Unita' sanitaria locale No 2 di Carrara* (C-21/88), de 1990.

<sup>198</sup> Caso *França vs Comissão* (C-18/84), de 1985.

## VII O atual enquadramento europeu em matéria de auxílios de Estado

### 1 A abordagem da Comissão Europeia

Como se verificou acima, a Comissão Europeia, em cooperação com as autoridades nacionais, aplica diretamente as regras de concorrência da União, previstas nos artigos 101.º a 109.º do Tratado, especificamente através da Direção Geral da Concorrência. Desde o Tratado de Roma que um dos objetivos fundamentais subjacentes à política económica da União é o de criação de um ecossistema concorrencial que permita o bom funcionamento do mercado e o crescimento das empresas sem infração de regras de concorrência. Com efeito, a violação das regras de concorrência no mercado leva, em última instância, a menor bem-estar para os consumidores, uma vez que um mercado concorrencial leva a menores preços, maior escolha, maior inovação e produtividade e melhor qualidade<sup>199</sup>.

Prosseguindo os mesmos objetivos desde a criação das regras de concorrência no seio da União, como também se viu acima, quer o conceito de auxílio de Estado, quer a sua subsunção aos critérios determinantes para a sua qualificação, tendem a evoluir com a sofisticação dos modelos de financiamento ou com a evolução das circunstâncias comerciais no mercado único.

A política de concorrência da Comissão Europeia acompanhou a evolução da necessidade e dos princípios aplicados pelos Estados-Membros ao estímulo da economia e a determinados setores. Políticas de proteção ambiental<sup>200</sup> ou de apoio a tecnologias

---

<sup>199</sup> Estado da União de 2016, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/state-union-2016\\_pt](https://ec.europa.eu/commission/state-union-2016_pt), discurso do Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker: “*condições de concorrência equitativas significa ainda que, na Europa, os consumidores estão protegidos contra os cartéis e os abusos cometidos por empresas poderosas. (...) A Comissão tem obrigação de assegurar condições de equidade. A isto chamamos a vertente social do direito da concorrência. E é isto que a Europa representa*”.

<sup>200</sup> A este propósito, a Comissão publicou dados relativos ao ano 2016, dando conta das significativas alterações de setores beneficiados com auxílios entre 2015 e 2016. O setor que maior apresenta diferenças, tendo sido no ano de 2016 beneficiado em 9000 milhões de euros é o ambiente e a poupança energética: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

verdes, por exemplo, têm sido objeto de aprovação de auxílios de Estado pela Comissão, como incentivo à produção e utilização de determinados produtos ou serviços<sup>201</sup>.

Por outro lado, como referido, a Comissão adotou uma linha de medidas durante a crise financeira que durou pelo menos até 2011, com o objetivo do restabelecimento célere da estabilidade financeira da União. Com efeito, durante o período de crise financeira, os Estados-Membros adotaram um conjunto de medidas de apoio ao setor financeiro, incluindo medidas que facilitassem o acesso das empresas ao crédito bancário. O apoio sistemático e excecional dado às empresas neste período poderia significar uma distorção da concorrência no mercado comunitário com consequências negativas para um restabelecimento estrutural da economia.

Todavia, um estudo elaborado pela Comissão lançado em finais de 2011 demonstrou que os pacotes de medidas de auxílio aplicados pelos Estados-Membros e aprovados pela Comissão no período da crise financeira resultaram num efeito positivo generalizado para o restabelecimento da atividade das empresas e para o ressurgimento do crescimento económico na União<sup>202</sup>. De facto, o controlo da Comissão aos auxílios aprovados nesse período mitigou os efeitos da distorção da concorrência, sendo que ficou demonstrado, inclusive, que forçou o setor financeiro a se reestruturar e a partilhar o risco de resgate com os contribuintes. Tal controlo nos auxílios garantiu, também, que os bancos remunerassem e eventualmente reembolsassem o auxílio que recebem e a tomar medidas para enfrentar as distorções de concorrência associadas ao auxílio, como forma de evitar que no futuro outros resgates venham a ser necessários<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Foi recentemente aprovado um pacote de 4,7 biliões de euros pela Comissão para ajuda do Estado italiano para produção e distribuição de biometano e biocombustíveis em Itália. Nas palavras da comissária Margrethe Vestager: *“Este é mais um passo para uma maior utilização das energias renováveis na Europa e ajuda a transição da Itália para fontes de combustível mais ecológicas. O esquema encorajará a produção e o consumo de biocombustíveis avançados em Itália, limitando as distorções da concorrência”*. Ver [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1441\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1441_en.htm). Também recentemente a Comissão aprovou um auxílio do Estado alemão de 70 milhões de euros para operadores de autocarros elétricos e infraestruturas de recarregamento, com o objetivo de incentivar a produção e utilização destes veículos. Ver [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1222\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1222_en.htm).

<sup>202</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working_paper_en.pdf).

<sup>203</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/temporary\\_stateaid\\_rules\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/temporary_stateaid_rules_en.html).

Conforme salientado pela Comissão, os principais riscos de distorção da concorrência na União por consequência da concessão de auxílios durante a crise financeira relacionaram-se com o facto de a maioria dos auxílios terem sido concedidos a um número limitado de instituições do setor financeiro, concentrando, assim, os auxílios numa quantidade minoritária de beneficiários. Acresce que os auxílios estatais foram maioritariamente concedidos a bancos que entraram em rutura financeira por consequência do seu modelo de negócio ou da sua estratégia comercial ou de investimento, e não pela rutura consequente da crise financeira.

De facto, o risco de distorção da concorrência e, sobretudo, a justificação legal da seleção de beneficiários suscetíveis de receber do Estado vantagens financeiras cuja falência de gestão não resultou de falhas de mercado generalizadas, ou de repercussões sistémicas, colocou-se como um desafio para a Comissão<sup>204</sup>. Aplicar medidas de auxílio a bancos que, apesar das dificuldades, são estruturalmente sólidos, parece melhor enquadrar-se no espírito do legislador comunitário. Os bancos – como de resto outras empresas privadas – considerados viáveis, naturalmente não sairiam do mercado, não fosse o efeito da crise. De resto, seria este o elemento estruturalmente decisivo para a aplicação de medidas temporárias de auxílio, uma vez que seria a conjuntura económica negativa o seu fator justificativo. Verificou-se que a crise financeira afetou gravemente não só empresas pouco viáveis independentemente da conjuntura, como empresas e bancos considerados sólidos. Os auxílios aplicados temporariamente durante a crise visavam, por princípio, resolver o problema causado extraordinariamente pela crise, pelo que dificilmente o mesmo racional poderia ser aplicável à ajuda a empresas inviáveis, independentemente da crise<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working_paper_en.pdf).

<sup>205</sup> Conforme expressamente definido pela Comissão, as medidas de auxílios de Estado atribuídas pelos Estados Membros nos termos do pacote de medidas temporárias aprovadas pela Comissão no contexto da crise financeira não contemplam empresas que se encontravam em dificuldades antes de 1 de julho de 2008. Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working_paper_en.pdf). O objetivo destas medidas temporárias foca-se na revitalização de empresas estruturalmente saudáveis, mas prejudicadas pela conjuntura económica e financeira europeia e mundial.

Assim, de entre os pacotes de auxílio concedidos neste período, colocou-se um risco excecional de distorção da concorrência que, todavia, verificou-se mitigado pelas ações de controlo da Comissão. De entre as medidas adotadas pela Comissão para evitar distorções da concorrência destaca-se a exigência dirigida aos beneficiários para que procedessem a reestruturações internas de longo prazo. Por exemplo, planos de reestruturação foram pedidos aos bancos como contrapartida dos auxílios concedidos em forma de recapitalização<sup>206</sup>. Denota-se uma preocupação estrutural da Comissão em maximizar a oportunidade para que novos procedimentos fossem adotados pelas empresas, por forma a evitar situações semelhantes no futuro. Terão sido tais exigências de reestruturação que possibilitaram a Comissão evitar distorções da concorrência significativas, permitindo que as empresas e bancos beneficiados construíssem estruturas de gestão mais viáveis a longo prazo e produzissem resultados positivos para a economia.

Uma outra forma de abordar o problema potencial de distorção da concorrência foi aplicar as medidas de auxílio a setores económicos de forma horizontal, olhando para a economia como um todo. Neste sentido, vários Estados-Membros optaram por atribuir auxílios escolhendo uma ou algumas atividades económicas<sup>207</sup>.

No que respeita à dimensão das empresas, a Comissão reforçou a importância das PME como candidatas a auxílios, primeiro porque dada a dimensão do seu poder de mercado não representam riscos de distorção da concorrência tão significativos e, segundo, porque de acordo com os critérios de risco indicados pela Comissão, as PME enquadrar-se-iam nos estímulos financeiros que estavam na base do programa de auxílios defendido pela Comissão. A este respeito, de resto, refira-se o papel fundamental das

---

<sup>206</sup> Se o montante recebido sob a forma de recapitalização e auxílio de alívio de ativos prejudicados cumulativamente excedesse os 2% do total de ativos ponderados pelo risco do banco, um plano de reestruturação deveria ser apresentado pelo banco à Comissão.

Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working_paper_en.pdf).

<sup>207</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/working_paper_en.pdf).

PME para o crescimento económico, criação de emprego e aplicação de metodologias inovadoras<sup>208</sup>, também já sistematicamente referido pela OCDE<sup>209</sup>.

Também no que respeita às medidas de concessão de vantagens fiscais, cuja preocupação da Comissão vem ainda enquadrada num esforço de combate à evasão fiscal à proteção dos consumidores e à desorçamentação dos Estados, verifica-se uma atenção redobrada em casos que envolvam a concessão de auxílios fiscais<sup>210</sup>.

O reforço da transparência nestes mecanismos é também apontado como uma das prioridades recentes da Comissão. O relatório anual da Comissão sobre política da concorrência de 2016, publicado em 2017<sup>211</sup>, refere a transparência como um dos pilares já subjacentes às políticas de modernização nesta matéria levada a cabo pela Comissão em 2012<sup>212</sup>. Algumas das medidas adotadas a fim de promover a transparência e, por consequência, informar os cidadãos sobre a utilização do dinheiro público, são a publicação de uma lista pública de beneficiários e dos montantes concedidos, a redução da burocracia e procedimentos administrativos e melhorar os canais e a qualidade da informação para os participantes no mercado.

Foi também no âmbito da modernização dos auxílios que a Comissão publicou recentemente a *Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*<sup>213</sup>. Através desta comunicação, a Comissão veio dar resposta a um conjunto de questões sobre o próprio

<sup>208</sup> O relatório anual da Comissão sobre PME de 2017 reafirma a sua importância para a revitalização económica e para a dinamização do emprego, incluindo para a criação do próprio emprego ([https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review\\_en](https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review_en)).

<sup>209</sup> A OCDE realça, para além da relevância das PME na criação de emprego, o seu importante papel na inovação e implementação de tecnologia. Ver <https://www.oecd.org/cfe/smes/2090740.pdf>.

<sup>210</sup> Ver processo SA.38374 Alegado auxílio à Starbucks, Decisão da Comissão de 21 de outubro 2015, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38374](http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374), processo SA.38375 Alegado auxílio à FFT- Luxembourg, Decisão da Comissão de 21 de outubro de 2015, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38375](http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38375), processo SA.37667 *Excess Profit exemption in Belgium*, Decisão da Comissão de 11 de janeiro de 2016, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_37667](http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_37667), processo SA.38373 Alegado auxílio à Apple, Decisão da Comissão de 30 de agosto de 2016, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38373](http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373), tudo em COM (2017) 285 final.

<sup>211</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2016/part1\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2016/part1_pt.pdf).

<sup>212</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html).

<sup>213</sup> Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).

conceito de auxílio à luz do Tratado, sem prejuízo da interpretação que tem sido feita pelos Tribunais da União, revelando a necessidade de determinação do conceito.

Pela referida comunicação, a Comissão veio densificar, nomeadamente, os conceitos de *empresa e de atividade económica*, de *origem estatal*, de *vantagem*, de *seletividade*, de *impacto sobre as trocas comerciais e a concorrência* e, ainda, prestar outros esclarecimentos específicos.

Com maior relevância para a presente temática, referiam-se os principais pontos mencionados pela Comissão no que respeita à noção de *impacto sobre as trocas comerciais e a concorrência*, para efeitos da definição de auxílio de Estado.

Ora, quando a este ponto, relembra a Comissão que os auxílios Estado são medidas *concedidas pelo Estado que falseiam ou ameaça falsear a concorrência*, e que são *suscetíveis de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre*<sup>214</sup>. Estas medidas verificam-se quando o Estado concede uma *vantagem financeira a uma empresa num setor liberalizado em que existe, ou poderia existir, concorrência*<sup>215</sup>.

Assim, considera a Comissão que ficam excluídas do conceito de auxílio de Estado as medidas que sejam atribuídas no âmbito de um *monopólio legal*, estabelecido de acordo com o direito da União, no caso do monopólio excluir a concorrência no mercado e para o mercado. É ainda necessário que o serviço não esteja em concorrência com outros serviços. Numa situação em que o prestador de serviços no âmbito do monopólio legal presta outros serviços no âmbito de uma atividade sujeita à concorrência, de modo a evitar a *subsidição cruzada*, a Comissão requer a utilização de contas separadas, de forma a impedir o benefício da atribuição de medidas de auxílio a outros serviços que delas não podem beneficiar<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Ponto 187 da Comunicação da Comissão (2016/C 262/01).

Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).

<sup>215</sup> Ponto 187 da Comunicação da Comissão (2016/C 262/01).

Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).

<sup>216</sup> Ponto 188 da Comunicação da Comissão (2016/C 262/01).

Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).

Importante ainda no que se refere ao efeito de distorção da concorrência, a Comissão sublinha na mesma Comunicação que podemos ainda estar perante um auxílio incompatível como o Tratado quando o mesmo não proporciona diretamente uma expansão da empresa ou obtenção de quota de mercado. Nestas situações poderá a empresa, ainda assim, obter vantagens competitivas sobre os seus concorrentes por via do auxílio, por exemplo, através de mera libertação de encargos. Com efeito, não importa a dimensão *material* do auxílio ou sequer a sua quantificação, cujo impacto na concorrência muito dependerá da dimensão da vantagem competitiva concedida a uma empresa que de outra forma não a teria<sup>217</sup>.

Em suma, o controlo de auxílios de Estado pela Comissão é essencial para a proteção do sistema financeiro e para a concorrência no mercado, contudo, a eficácia das medidas depende em grande medida da implementação de políticas de regulação financeira proporcionais e adequadas a soluções de longo prazo para a revitalização das instituições financeiras. Apesar de a abordagem da Comissão ter-se adaptado durante o período da crise financeira, sobretudo pela adoção de procedimentos mais flexíveis e reconhecendo a necessidade de ações mais urgentes, continua a entender-se fundamental para uma abordagem a longo prazo da estabilidade da economia da União o respeito pelas regras da concorrência, em particular, dos auxílios estatais.

## **2 Desafios para Portugal**

Atenta a sua vinculação aos Tratados Europeus e à sua inserção no mercado único, Portugal dependerá em grande medida das políticas da Comissão em matéria de auxílios de Estado. Como referido, dada a natureza supranacional de um modo geral das regras de concorrência, os Estados-Membros têm competências mais limitadas do que em outros casos. Com efeito, as decisões do Estado Português em matéria de auxílios estão, regra

---

<sup>217</sup> Ponto 189 da Comunicação da Comissão (2016/C 262/01).

Ver [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT).



geral, sujeitas à aprovação da Comissão, sem prejuízo de eventual posterior decisão dos Tribunais. Nesta medida, caberá às entidades públicas e, designadamente, ao governo aprovar medidas que se enquadrem dentro dos critérios que, por um lado, vêm objetivamente definidos no Tratado e dos que, por outro lado, têm sido objeto de pronúncia em casos semelhantes pela Comissão e pela jurisprudência comunitária.

De entre as metas definidas na estratégia Europa 2020<sup>218</sup>, que constitui um quadro-referência comum da União, destaca-se o reforço de políticas sustentáveis e amigas do ambiente, desde logo com a redução da dependência do carbono, a inovação, investigação e educação, como meios de criação de emprego, redução da pobreza e criação de economias mais sustentáveis<sup>219</sup>. As referências definidas nesta estratégia comum foram depois concretizadas nos objetivos de cada Estado-Membro, de acordo com as prioridades identificadas a nível nacional, que são revistos e avaliados anualmente no quadro do Semestre Europeu<sup>220</sup>.

Precisamente no contexto do Semestre Europeu, refira-se mais recentemente a *Recomendação do Conselho relativa ao Programa Nacional de Reformas de Portugal para 2017*, que formula um parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade de Portugal para 2017. No que respeita à necessidade de reformas para diminuir as restrições à concorrência existentes, o Conselho identificou expressamente o setor das profissões reguladas, enquadrado no mercado de serviços, onde se verificam obstáculos regulatórios

<sup>218</sup> Ver [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy\\_pt](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pt).

<sup>219</sup> Comunicação da Comissão Europa 2020 (COM (2010) 2020 final), onde se refere: “Através da execução da política de concorrência, a Comissão assegurará que o mercado único continua a ser um mercado aberto, que garante às empresas a igualdade de oportunidades e combate o protecionismo nacional. Mas a política de concorrência deverá dar uma maior contribuição para a prossecução dos objetivos da estratégia Europa 2020. A política de concorrência assegura que os mercados proporcionam o ambiente adequado para a inovação, por exemplo impedindo o abuso das patentes e direitos de propriedade. A prevenção dos abusos de mercado e dos acordos anti concorrenciais entre empresas reforça a confiança e incentiva a inovação. A política de auxílios estatais pode contribuir igualmente de forma ativa e positiva para os objetivos da estratégia Europa 2020, promovendo e apoiando iniciativas a favor de tecnologias mais inovadoras, eficientes e ecológicas, facilitando simultaneamente o acesso aos apoios públicos ao investimento, ao capital de risco e ao financiamento da investigação e desenvolvimento.”. Em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT>.

<sup>220</sup> Ver [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester_en).

de acesso que restringem direta ou indiretamente a concorrência, assim como, a concorrência na contratação pública que continua a ser limitada<sup>221</sup><sup>222</sup>.

De entre as áreas objeto de auxílios em Portugal, destaca-se o desenvolvimento regional e a necessidade de reforçar a sustentabilidade e coesão territorial. Para cumprimento das políticas de crescimento para Portugal integradas na estratégia Europa 2020, em 2014 a Comissão aprovou um mapa de auxílios estatais com finalidade regional, precisamente reforçando a necessidade de investimento nas regiões cujo PIB *per capita* se situa abaixo de 75 % da média da UE e regiões ultraperiféricas<sup>223</sup>.

Relativamente a Portugal, dados estatísticos da Comissão revelam que houve um decréscimo significativo entre o ano 2009 e o ano 2013 na concessão de auxílios em termos quantitativos. Entre 2013 e 2015 verificou-se novamente um aumento progressivo e, em 2016, novamente uma descida<sup>224</sup>. De entre os auxílios concedidos por objetivo, destacam-se o desenvolvimento regional e setorial, emprego, PME, investigação e inovação e, nos anos mais recentes, agricultura e desenvolvimento rural e infraestruturas

<sup>221</sup> Ver em [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations\\_-\\_portugal-pt.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_-_portugal-pt.pdf), especialmente considerando 16 e 17.

<sup>222</sup> No mesmo sentido, veja-se o Relatório relativo a Portugal de 2018, um documento de trabalho da Comissão (SWD(2018) 220 final), no qual se destaca como prioridade para a concorrência a eliminação de restrições excessivas no setor das profissões reguladas em Portugal.

Em <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-portugal-pt.pdf>.

<sup>223</sup> Comunicado da Comissão de 11 de junho de 2014, “Auxílios estatais: Comissão aprova mapa dos auxílios estatais com finalidade regional 2014-2020 para Portugal”, no qual a Comissão refere o seguinte, no que respeita à aplicação do artigo 107.º n.º 3 do Tratado: “O artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE prevê a autorização de auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. Os auxílios estatais com finalidade regional definem essas regiões como áreas de um Estado-Membro desfavorecidas em relação à média da UE ou à média nacional. As orientações estabelecem um teto de cobertura populacional para a promoção do investimento, ao permitir os auxílios em regiões desfavorecidas. A cobertura populacional é distribuída entre os Estados-Membros seguindo critérios socioeconómicos e tendo em conta as diferenças regionais, incluindo o desemprego, quer ao nível da UE quer nacional. Assim, cabe a cada Estado-Membro decidir no seu mapa regional como usar da melhor maneira esta flexibilidade na definição de mais áreas elegíveis, de modo a resolver as disparidades regionais internas.”. Em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-666\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-666_pt.htm).

<sup>224</sup> Total do valor concedido em auxílios de Estado em Portugal por ano, em milhões de euros (excluindo o setor ferroviário): em 2009 EUR 1.642,10; em 2010 EUR 1.531,20; em 2011 EUR 1.537,80; em 2012 EUR 924,40; em 2013 EUR 485,70; em 2014 EUR 753,30; em 2015 EUR 932,80; e em 2016 EUR 671,90.

Quanto ao setor ferroviário, os valores são os seguintes: em 2009 EUR 91,00; em 2010 EUR 93,00; em 2011 EUR 0,0; em 2012 EUR 72,40; em 2013 EUR 75,30; em 2014 EUR 119,70; em 2015 EUR 730,80; e em 2016 EUR 712,90. Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

ferroviárias<sup>225</sup>. Na quantificação dos auxílios concedidos por Portugal por instrumento, verifica-se uma clara predominância do instrumento da isenção fiscal no período entre 2009 e 2011, que veio a diminuir em termos nominais nos anos seguintes. A atribuição de subsídios e a concessão de empréstimos são outros instrumentos igualmente aplicados com intensidade nos últimos anos<sup>226</sup>. Destes dados poderá concluir-se que houve uma diminuição relativamente consistente entre 2009 e 2016 no total do valor de auxílios concedidos em Portugal, tendo diminuído drasticamente a concessão de auxílios sob a forma de isenção fiscal<sup>227</sup>.

Considerando que Portugal beneficia de indicadores económicos mais positivos em 2017<sup>228</sup>, na senda da melhoria das condições económicas na Europa no pós-crise, esta poderá ser uma oportunidade para que o país implemente medidas estruturais e de longo prazo para um ambiente concorrencial suscetível de proporcionar maior estabilidade, transparência, emprego e crescimento económico. Com efeito, vários desafios se colocam atualmente a Portugal para o reforço da concorrência, desde logo, na implementação de políticas de auxílios estatais eficazes e que contribuam para esses objetivos. Melhorias na gestão financeira e orçamental, na competitividade das empresas e a dinamização do mercado de trabalho são algumas das prioridades identificadas como podendo reforçar a concorrência entre as empresas e, por consequência, o crescimento económico<sup>229</sup>.

A agenda do programa Portugal 2030 refina alguns dos objetivos já propostos na política de coesão territorial. Destacam-se como objetivos horizontais a inovação empresarial, o conhecimento científico, a qualificação e formação profissional e a sustentabilidade demográfica<sup>230</sup>. Como objetivos territoriais, são apontados a energia e

<sup>225</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

<sup>226</sup> Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

<sup>227</sup> Em 2016, o valor atribuído em auxílios correspondente a isenções fiscais foi inferior em cerca de 1.300 milhões de Euros quando comparado ao valor de 2009, ou seja, em cerca de 94%.

Ver [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html).

<sup>228</sup> Designadamente ao nível do crescimento económico, do investimento e das exportações.

Ver <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-portugal-pt.pdf>.

<sup>229</sup> Ver, novamente, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-portugal-pt.pdf>.

<sup>230</sup> Ver <http://www.portugal2030.pt/portugal-e-o-futuro-da-politica-de-coesao/objetivos-horizontais/>.

alterações climáticas, incluindo as cidades inteligentes e eficientes, a economia do mar e a competitividade externa<sup>231</sup>.

Neste quadro, Portugal definiu como prioridades para os próximos anos o reforço da atividade económica em setores estruturais como o mar ou as qualificações profissionais<sup>232</sup>, que se constituem como desafios também relevantes do ponto de vista da melhoria do ambiente concorrencial. Não deixa de ser relevante que uma menor dependência prolongada dos apoios estatais venha a ser fator de dinamização da economia e de novas empresas, ainda que numa primeira fase de negócios, o apoio à inovação financeira e às PME possa lançar o estímulo necessário para autonomia e maior crescimento.

Numa era em que a Europa coloca em causa os benefícios da globalização e o prejuízo que pode advir das suas relações com países que recorrem a práticas concorrenciais desleais<sup>233</sup>, não deixa de ser relevante que em Portugal se encontrem soluções de equilíbrio não apenas no plano jurídico de aplicação das normas da União, como também um equilíbrio dos princípios subjacentes à concorrência no espaço europeu com políticas comerciais e de investimento público.

---

<sup>231</sup> Ver <http://www.portugal2030.pt/portugal-e-o-futuro-da-politica-de-coesao/objetivos-territoriais/>.

<sup>232</sup> A formação profissional foi uma das áreas referidas pela OCDE no relatório sobre o estado da economia portuguesa em 2017 como sendo um importante desafio para o futuro e por constituir ainda uma fragilidade para o crescimento económico do país, para além de outras áreas, como a dificuldade no acesso das empresas ao financiamento: <http://www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-portugal.htm>.

<sup>233</sup> Comissão Europeia, “*Documento de reflexão - controlar a globalização*”, 2017, em [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_pt.pdf).

## VIII Conclusões

A matéria de auxílios de Estado reveste-se de uma forte componente política, atendendo a que os Estados têm utilizado, desde sempre, instrumentos de compensação e subsidiação para variadas finalidades relativas à atividade económica. A utilização desses mecanismos reflete a determinação da autonomia dos Estados na execução da sua soberania financeira, na medida em que lhes competirá executar e avaliar quais as opções de política pública que pretendem implementar no seu território e avaliar as formas de as executar.

A jurisdição da Comissão Europeia sobre a concessão de auxílios de Estado no espaço da União não visa a correção das decisões governativas ou financeiras dos Estados-Membros, nem a sua substituição. A intervenção das instituições europeias será a de garantir integral respeito pelo direito da União e pelos princípios fundamentais da integração europeia, subjacentes à aplicação das regras de auxílios no enquadramento legal da União.

A concorrência no mercado interno da União Europeia assenta no princípio da liberdade de circulação de bens e da não discriminação entre os Estados-Membros. Tais princípios ficam inevitavelmente afetados nas situações em que os Estados-Membros decidem, de alguma forma, favorecer uma determinada empresa, conferindo-lhe uma vantagem competitiva artificial relativamente aos seus concorrentes no mercado. A atribuição de uma vantagem a um destinatário individual distorce a concorrência na medida em que tal vantagem reforça a posição do destinatário, comparativamente com os restantes concorrentes, vantagem essa que não existiria sem a concessão do auxílio.

A compreensão e determinação do significado e extensão dos efeitos restritivos para a concorrência como consequência dos auxílios atribuídos pelos Estados foi objeto de análise sucessiva e evolutiva por parte quer da Comissão Europeia, quer da jurisprudência dos Tribunais da União. Nesse quadro, não só a determinação dos efeitos dos auxílios para a concorrência, como a definição dos restantes elementos constituintes do conceito de auxílio de Estado, designadamente, a perceção do que se poderá considerar recursos

do Estado, a identificação dos beneficiários (designadamente, quanto à definição de empresa e ao conceito de seletividade), ou a irrelevância, por princípio, da forma que assume a medida de auxílio para se poder considerar como tal, foram sendo de forma sistemática objeto de várias decisões jurisprudenciais paradigmáticas, que sedimentaram e contruíram o conceito à luz do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE.

Algumas dessas decisões foram objeto de análise no presente trabalho e serviram, neste contexto, para compreender a evolução do significado do conceito de auxílio de Estado e do significado dos efeitos que provoca na concorrência. Por outro lado, demonstraram a existência *per se* de uma efetiva evolução do próprio conceito e dos seus elementos, que não são estanques, mas antes flexíveis e evolutivos.

Particularmente no que diz respeito à noção de *distorção da concorrência*, demonstrou-se a necessidade de constante adaptação na aplicação dos conceitos legais em causa à realidade vivida no contexto económico, social e histórico da Europa e do Mundo, a cada momento.

No primeiro período da evolução da política de auxílios de Estado, que correspondeu às primeiras décadas da integração europeia (de 1958 aos anos 1970), não havia ainda sido construída uma conceção relativamente mínima do conceito de distorção da concorrência por parte do Tribunal de Justiça, desde logo, dada a sua ainda pouca intervenção neste domínio. Nesta época não existiam ainda referências que pudessem ajudar os Estados-Membros a aplicar o critério do efeito das medidas sobre o comércio comunitário, o que naturalmente dificultou a implementação das regras de auxílios de Estado, e o seu controlo pelos órgãos da União. Esta primeira fase caracteriza-se por ser uma fase predominantemente *institucional*, tendo em conta que se iniciava a aplicação e operacionalização de um novo paradigma europeu quanto a medidas de apoio público, uma realidade totalmente nova e diferente daquela até então vivida pelos Estados-Membros.

O Tribunal de Justiça estava sobretudo preocupado com a adaptação dos Estados-Membros a um novo sistema e à correspondência do seu comportamento às regras do Tratado. Paradigmático desta primeira fase foi o caso *França vs Comissão* (o caso das

taxas parafiscais, C-47/69), no qual o Tribunal de Justiça se viu confrontado com a questão de saber se um auxílio de quantia ou relevância especialmente diminuta pode ainda assim resultar num efeito de distorção da concorrência. Este caso foi particularmente relevante para compreender as primeiras linhas de interpretação do Tribunal acerca do conceito de distorção da concorrência e, especialmente, no que respeita ao entendimento de que os mecanismos utilizados pelo Estado para a concessão do auxílio, por causarem discriminação entre produtores nacionais e de outros Estados-Membros, ainda que na prática resultem em valores diminutos de auxílio, podem violar as regras do Tratado. O Tribunal sublinhou, neste caso, um princípio que acompanhará de perto, daí em diante, a noção de distorção da concorrência: o seu efeito discriminatório entre as empresas dos Estados-Membros e, ainda, o facto de a medida, mesmo que não tenha um impacto significativo em termos quantitativos no mercado, poder ainda assim produzir um efetivo efeito de distorção, caso a forma como é executada seja contrária ao Tratado. Efetivo, no sentido em que deve efetivamente afetar as trocas comerciais e não meramente ameaçar um efeito distorcivo.

O segundo período da evolução da política de auxílios (entre os anos 1970 e meados dos anos 1980) ficou caracterizado por ser um período mais *instrumental*, uma vez que o Tribunal de Justiça adotou uma diferente posição quanto à presunção do efeito de distorção da concorrência. Neste período, genericamente, o Tribunal considerou que poderá julgar-se incompatível com o Tratado não apenas uma medida que beneficie a totalidade de um setor económico (por exemplo, uma determinada indústria), como também quando uma única empresa é beneficiada por tal medida particular. Essa mudança de direção pelo Tribunal de Justiça permitiu garantir legitimidade à Comissão Europeia para poder exercer um maior controlo sobre auxílios individuais. Este período é também caracterizado pelo contexto económico da crise do petróleo de 1973, que afetou gravemente as economias europeias, que provocou um aumento no volume de auxílios concedidos, forçando em certa medida a Comissão a flexibilizar o seu controlo.

O caso mais importante tratado pelo Tribunal de Justiça neste período, aliás, um dos mais relevantes no que respeita à matéria de auxílios de Estado, foi o caso *Philip*

*Morris* (C-730/79). A importância deste caso poderá resumir-se pela circunstância de nele ter sido abordada uma medida individual e, ainda, pelo facto de o Tribunal ter negado a existência de regras *de minimis*, no sentido de presumir que a pouca relevância quantitativa da medida poderia criar condições para a sua compatibilidade com o Tratado. Este entendimento é compreensível nestas primeiras fases de implementação das regras de auxílios, numa época em que era essencial demonstrar aos Estados-Membros que os auxílios de Estado eram inaceitáveis e que deveriam cumprir sempre com a sua obrigação de notificação prévia à Comissão. Este caso tornou-se num caso-tipo, que inspirou outras decisões da mesma época, especialmente eficazes em tornar as regras de auxílios operacionais.

Ainda neste período, foi especialmente importante a abordagem do Tribunal de Justiça no caso *Leeuwarder* (casos conjuntos C-296 e 318/82), porque ao contrário da tendência que havia sido registada no caso *Philip Morris*, neste caso o Tribunal, discordando da análise simplista da Comissão, entendeu ser de exigir que a Comissão fundamentasse a sua decisão com recurso a factos específicos, como a concreta qualificação do mercado em causa e do setor. Outros casos semelhantes existiam no princípio dos anos 1980, e reveladores da preocupação do Tribunal nesta época em criar maior rigor nas decisões de incompatibilidade com o comércio entre os Estados-Membros.

No terceiro período da evolução dos auxílios de Estado (entre meados dos anos 1980 até finais dos anos 1990), o Tribunal de Justiça passou a adotar algumas fórmulas-tipo para avaliação da distorção da concorrência das medidas de auxílio. Neste sentido, um dos processos mais relevantes foi o caso *Boussac* (C-301/87), no âmbito do qual o tribunal determinou que: (i) a Comissão não precisa de provar o *efeito real* na concorrência e nas trocas comerciais entre os Estados-Membros do auxílio concedido pelo Estado e, por outro lado, que (ii) os auxílios operacionais que permitem a um beneficiário individual despendar menos custos do que aqueles que normalmente teria de despendar na gestão corrente da empresa, distorcem, por princípio, a concorrência. Esta decisão alterou a perspetiva conceptual do Tribunal relativamente a determinados



critérios de aplicação *ex ante* e criou um novo enquadramento para a presunção da incompatibilidade dos auxílios com o Tratado. Acresce que vai de encontro ao entendimento exposto pelo Tribunal no caso *Philip Morris*, no sentido de reduzir a obrigação probatória da Comissão. Tal posição, todavia, não foi sempre adotada pelo Tribunal, pese embora tenha aberto caminho para a definição de algumas categorias de medidas ou setores tipicamente problemáticos nesta matéria.

O último período de evolução da visão europeia de concorrência em matéria de auxílios (desde finais de década de 1990 até à presente data) tem sido considerado como um período de maior equilíbrio na definição do conceito de distorção da concorrência. Particularmente importantes foram os casos *Tubemeuse* (C-142/87), *Plan Renove I* (C-351/98) e *WAM* (C-494/06), nos quais os Tribunal levou em consideração outros valores da integração europeia, para além da concorrência, como forma de justificar as suas decisões. Reconheceu, finalmente, a necessidade de uma regra *de minimis*, o que facilitou o caminho à Comissão para a regulamentação de matérias que pela menor dimensão se presumem ter um impacto insignificante na concorrência. Releva frisar, novamente, que o Tribunal demonstrou neste período uma certa desvalorização da análise económica das medidas.

Os anos recentes ficaram marcados pelas decisões tomadas no contexto da crise financeira, sobretudo a partir do ano 2008 e os anos seguintes pela progressiva, mas lenta, recuperação económica na Europa. Neste contexto, medidas de apoio ao setor financeiro mereceram um destaque generalizado dentro do espaço do Mercado Único, designadamente, medidas de resgate a instituições bancárias, por vezes controversas e com consequências sistemáticas assinaláveis. As medidas de auxílios estatais nesta época pretenderam em grande medida dar resposta à crise financeira e à mitigação dos efeitos em setores da economia estruturais para a sustentabilidade global.

Uma década após o despoletar da maior crise financeira recente na Europa, a economia europeia recupera progressivamente e, por consequência, as políticas de concorrência vão-se adaptando a novos desafios, designadamente, o crescimento de PME, *start-ups*, a inovação tecnológica e a preocupação ambiental.

Neste enquadramento, a defesa da concorrência continua a ser umas das prioridades económicas das instituições europeias. A regulação dos auxílios de Estado deve ter em conta os critérios de adequação, proporcionalidade e equidade caracterizadores das medidas públicas que intervêm no normal funcionamento do mercado. Este jogo de equilíbrios traça a matriz da compatibilidade de medidas de apoio a empresas com os princípios jurídicos da União Europeia.

## Bibliografia

- ADLER, Emily, e outros (2000), *Economist's Note, State Aid to Banks in the Financial Crisis: The Past and the Future*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, n.º 1.
- BARTOSCH, A. (2011) *The concept of selectivity?*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- BASEDOW, J., WURMNEST, W. (editores) (2011), *Structure and Effects in EU Competition Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid*, International Competition Law Series, Wolters Kluwer Law & Business.
- BELLAMY & CHILD (2001), *European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell.
- BIONDI, A., EECKHOUT, P. e FLYNN, J. (2004), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press. New York.
- BIONDI, A. e FARLEY, M. (2011) *The relationship between State aid and the single market*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- BISHOP e WALKER (2009), *The Economics of EC Competition Law*, Sweet&Maxwell.
- BLAUBERGER, M. (2011), *State aid control from a political science perspective*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- BOLTON e OCKENFELS (2000), *ERC: A Theory of Equity, Reciprocity, and Competition*, The American Economic Review, Vol. 90, n.º 1.
- BOUDGHENE, Y. e MAES, S. (2012), *Relieving Banks from Toxic or Impaired Assets: The EU State Aid Policy Framework*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 6.
- COMISSÃO EUROPEIA (1971), *Quarto Relatório Geral sobre as Atividades da Comunidade (Fourth General Report on the Activities of the Communities)*.
- COMISSÃO EUROPEIA (1981), *Décimo Relatório sobre Política da Concorrência*.
- COMISSÃO EUROPEIA (2004), *Guia sobre Auxílios de Estado para Resgate e Reestruturação de Empresas em Dificuldade*.

- COMISSÃO EUROPEIA (2005), *Plano de Ação da Comissão Europeia para os Auxílios de Estado*.
- COMISSÃO EUROPEIA (2009), *DG Competition review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis*.
- COMISSÃO EUROPEIA (2009), *Linhas Orientadoras Comunitárias sobre Auxílios de Estado para o resgate e reestruturação de empresas em dificuldade*.
- COMISSÃO EUROPEIA (2017), *Relatório sobre a Política de Concorrência 2016, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e Ao Comité das Regiões (COM(2017) 285 final)*
- COMISSÃO EUROPEIA (2016), *Melhorar o Funcionamento dos Mercados*.
- COMISSÃO EUROPEIA (2017), *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01)*
- COPPI, L. (2011), *The role of economics in State aid analysis and the balancing test*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- CRISCUOLO, Chiara, e outros (2012), *The Causal Effects of an Industrial Policy*, NBER working paper series.
- CROCIONI, Pietro (2006), *Can State Aid Policy Become more Economic Friendly?*.
- DERENNE, Jacques (2012), *Recovery of Unlawful State Aid and Determination of Beneficiaries: Guidance for National Courts*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 5.
- EVERSON, M. (2011), *European economic rights and national State aids policy in conflict: the problem of the democratic securing of welfare*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- FLYNN, Leo (2010/2011), *Postgraduate Diploma/Masters in EU Competition Law 2010-2011, Module One, Unit 5*, King's College London University of London, Informa professional academy.
- FRIEDERISZICH, Hans W. e outros (2006), *European State Aid Control: an economic framework*.

- GALAND, C. e GORT, M. (2012), *Massive State Aid to Anglo Irish Bank, Small Distortions of Competition*, Journal of European Commission Law & Practice.
- GERBER, D.J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*.
- HUSCHELRATH, K. (2009), *Competition Policy Analysis, An Integrated Approach*, ZEW Economic Studies.
- HWANG, T (editor) (2007), *The Role of Competition Law/Policy in the Socio-Economic Development*, International Conference on Competition Laws/Policies.
- KLEINER, T. (2011), *Modernization of State aid policy*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- KOOPMANS, T. (1986), *The Role of Law in the Next Stage of European Integration* *International and Comparative Law Quarterly* 925 at 931.
- KORNAL, J. (1980), *The Soft Budget Constraint*, Kylos.
- KRASNODEBSKA-TOMKIEL, M. (editor) (2010), *Changes in Competition Policy Over the Last Two Decades*, UOKK.
- LÓPEZ, Juan Jorge Piernas (2015), *The Concept of State Aid under EU Law, from internal market to competition and beyond*, Oxford University Press.
- MAQUEDA, E. C. (2013), *Commission v Ryanair: in the Field of State Aid, Complaints are not Subject to Formal Requirements (for now)*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 5.
- MATEUS, Abel M. e MOREIRA, Teresa (2010), *Competition Law and Economics, Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar.
- MEROLA, Massimo e DERENNE, Jacques (2012), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, College of Europe, Bruylant.
- MICHEAU, C. (2011) *State aid and taxation in EU Law*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.

- MORAIS, Luís D. S. (2009), *Os conceitos de Objecto e Efeitos Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções de Concorrência*, Almedina.
- NEBBIA, P. (2011), *State aid and the role of national courts*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- NICOLAIDES, Phedon (2009), *The Incentive Effect of State Aid: Its Meaning, Measurement, Pitfalls and Application*.
- NICOLAIDES, Phedon (2013), *Is the General Court Unwittingly Weakening the System of State Aid Control? Smurfit Kappa v European Commission and the Application of the Regional Aid Guidelines*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 2.
- NICOLAIDES, Phedon (2015), *New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a 'General Exception' to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 5.
- NIELS, Gunnar, e outros (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford.
- OCDE (2001) *Competition Policy in Subsidies and State Aid*, Competition Policy Roundtable, DAFFE / CLP.
- OCDE, Recomendação (2014), *Experiences with Competition Assessment*, Competition Committee, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Comp-Assessment-ImplementationReport2014.pdf>.
- PAZ, J. (2012), *Protecting the Environment Without Distorting Competition*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 3.
- QUIGLEY, C. (2012), *Review of the Temporary State Aid Rules Adopted in the Context of the Financial and Economic Crisis*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 3, No. 3.
- RUBINI, Luca (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid, WTO and EC Law in Comparative Perspective*, International Economic Law, Oxford University Press.
- SCHUTTE, M. (2011), *Procedural aspects of EU State aid law and practice*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.

- SILVA, Miguel Moura e (2008), *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina.
- SOLTÉSZ, Ulrich e VON KÖCKRITZ, Christian (2010), *From State Aid Control to the Regulation of the European Banking System—DG Comp and the Restructuring of Banks*, European Competition Journal.
- SZYSZCZAK, E. (2011), *Altmark assessed*, Research Handbook on European State Aid Law, EE.
- TORBOL P. e MARIO, A. D. (2015), *First Ever State Aid Sector Investigation: Electricity Producers Targeted by the European Commission*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 9.
- WATTEL, Peter J. (2012), *Some Fringe Areas of EU State Aid Law in Direct Tax Matters*.
- ZAMPETTI, A. Beviglia (1996), *The Uruguay Round Agreement on Subsidies—A forward looking assessment*.

### **Comunicações da Comissão Europeia e outra documentação**

Comunicação da Comissão Europeia, Documento de reflexão - controlar a globalização (COM (2017) 240), de 10 de maio de 2017

Comunicação da Comissão Europeia sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), de 19 de julho de 2016

Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia, Auxílios estatais: Comissão aprova mapa dos auxílios estatais com finalidade regional 2014-2020 para Portugal, de 11 de junho de 2014

Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira («comunicação sobre o setor bancário») (2013/C-216/01), de 30 de julho de 2013

Comunicação da Comissão Europeia, Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais (COM (2012) 209 final), de 8 de maio de 2012

Comunicação da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (COM (2010) 2020 final), de 3 de março de 2010

Comunicação da Comissão Europeia, A recapitalização das instituições financeiras na atual crise financeira: limitação dos auxílios ao mínimo necessário e salvaguarda contra a indevida distorção da concorrência (2009/C 10/03), de 15 de janeiro de 2009



Comunicação da Comissão sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise (2009/C 195/04), de 19 de agosto de 2009

Comunicação da Comissão Europeia, Linhas Orientadoras Comunitárias sobre Auxílios de Estado para o resgate e reestruturação de empresas em dificuldade, 2009

Comissão Europeia, *DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis*, de 7 de agosto de 2009

Comunicação da Comissão sobre o tratamento dos ativos depreciados no sector bancário da Comunidade, 2009

Comunicação da Comissão — Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica (2009/C 83/01), de 7 de abril de 2009

Comunicação da Comissão Europeia, Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global (2008/C 270/02), de 25 de outubro de 2008

Comissão Europeia, Plano de acção no domínio dos auxílios estatais, de 30 de setembro de 2005

Guia da Comissão Europeia sobre Auxílios de Estado para Resgate e Reestruturação de Empresas em Dificuldade, 2004

Comunicação da Comissão relativa aos auxílios de minimis (JO C 68), de 6 de março de 1996

Quarto Relatório Geral sobre as Atividades da Comunidade (*Fourth General Report on the Activities of the Communities*) da Comissão Europeia, 1971